Die Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des juristischen Doktorgrades
genehmigt von der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin
von

Ernst Middelmann,
Gerichtsreferendar
aus Dortmund-Hacheney

Druck von Erich Leuschner, Drebkau N.-L.
1941

J 17

Dekan; Prof. Dr. Giesecke
Berichterstatter: Prof. Dr. Siebert
Prof. Dr. Hedemann

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Tag der mündlichen Prüfung: 20. 3. 1940
Tag der Promotion: 25. 9. 1940

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung und Begrenzung des Themas 1

A. Das Wesen des Arbeitsverhältnisses 3

I. Das Wesen der Arbeit 3

1. Frühere Anschauung 3
2. Heutige Anschauung 4
3. Die Stellung des Entwurfs 4

II. Wesen und Rechtsnatur der Betriebsgemeinschaft 5

1. Die Grundlage der Betriebsgemeinschaft ist der Betrieb 5
2. Wesen und Rechtsnatur der Betriebsgemeinschaft 7
   a) Die Betriebsgemeinschaft ist eine rechtliche Gemeinschaft 9
   b) Die Rechtsform der Betriebsgemeinschaft 10
3. Die Stellung des Entwurfs 14

III. Wesen und Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses 14

1. Der Begriff „Arbeitsverhältnis" und seine Abgrenzung 14
2. Wesen und Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses 15
3. Die Stellung des Entwurfs 22

IV. Die Bedeutung der Betriebsgemeinschaft für das Arbeitsverhältnis 24

1. Das Einzelarbeitsverhältnis als Ausgangspunkt der Betrachtung 25
2. Die Betriebsgemeinschaft als Ausgangspunkt der Betrachtung 26
3. Die Stellung des Entwurfs 32

B. Die Begründung des Arbeitsverhältnisses 34

I. Zur Begründung des Arbeitsverhältnisses als Betriebszugehörigkeitsverhältnis ist nur ein Begründungsvorgang erforderlich 34

II. Ist die Begründung möglich durch einen schuldrechtlichen „geläuterten" Vertrag? 34

III. Vergleich zu anderen Rechtserscheinungen 38

1. Zum Familienrecht 38
   a) Das Verlöbnis 39
   b) Die Eheschließung 40
   c) Die Annahme an Kindes Statt 40
2. Zum Verbandsrecht 41
3. Zum Beamtenrecht 42
4. Das Ergebnis dieses Vergleichs 45

IV. Der Begründungsvorgang 46

1. Die dazu erforderliche Willensübereinstimmung 46
2. Die Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft 49
   a) Das Wesen der Eingliederung 49
   b) Kann das Arbeitsverhältnis aufschiebend befristet sein? 53

Seite

C. Der Vorvertrag 56

I. Die Rechtsnatur dieses Vertrages 57

1. Der Begriff „Vorvertrag" 57
2. Ist er ein personenrechtlicher Vertrag? 57
3. Wird er durch das zu begründende Arbeitsverhältnis beeinflußt, so daß eine Angliederung stattfindet? 58
4. Der Vorvertrag hat den Charakter eines schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrages 58
   a) Die Treuebindungen aus diesem Vertrage 60
   b) Die Ansprüche aus diesem Vertrage 61

II. Das Verhältnis des Vorvertrages zur Eingliederung 64

D. Die Arbeitsvereinbarungen 66

I. Die Rechtsnatur der Arbeitsvereinbarungen 68

1. Die Auffassung derjenigen, die vom Arbeitsvertrage ausgehen 68
2. Die Auffassung nach der personenrechtlichen Eingliederungslehre 68
   a) Die Ansicht von Siebert 68
   b) Die Ansicht von Rhode 69

II. Der Unterschied der gestaltenden Vereinbarungen zu den anderen Gestaltungsmitteln 72

III. Die Ansprüche aus den Arbeitsvereinbarungen 73

E. Die Stellung des Entwurfs zu Eingliederung, Vorvertrag und zusätzlicher Vereinbarung 74

F. In welchem Zeitpunkt werden arbeitsrechtliche Vorschriften wirksam? 77

I. Die Einheit des Arbeitsrechts 77

II. Der Zeitpunkt, in dem diese Vorschriften wirksam werden, ist grundsätzlich derjenige der Eingliederung; 79

das gilt z. B. für

1. die Treue- und Fürsorgepflicht 79
2. den Lohnschutz 80
3. die übrigen Arbeitsschutzbestimmungen 81
   a) deren Einfluß auf die Eingliederung 81
   b) deren Einfluß auf den Vorvertrag 82
4. den Kündigungsschutz 82
5. die Tarif- und die Betriebsordnung 83
   a) deren grundsätzliche Wirkung 83
   b) die Wirkung der Abschlußnormen 83
6. die Arbeitseinsatzvorschriften 85
   a) erforderlich ist die Zustimmung des Arbeitsamtes 85
   b) erforderlich sind bestimmte Arbeitspapiere 88
   c) sonstige Erfordernisse 89

Seite

G. Der Einfluß der Verletzung einiger wichtiger Gesetzesvorschriften auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses 90

I. Die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB 90

II. Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit 91

1. deren Einfluß auf die Eingliederung und das Arbeitsverhältnis 91
2. deren Einfluß auf den Vorvertrag 93

III. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 94

1. Nach der „Einheitstheorie" 94
2. Nach der hier vertretenen Ansicht 95
   a) Der Einfluß auf den Vorvertrag 95
   b) Der Einfluß auf das Arbeitsverhältnis 95

Einleitung und Begrenzung des Themas.

Über das rechtspolitische Ziel des neuen Arbeitsrechts besteht weitgehende Einigkeit. Man will dem Grundgedanken der neuen Arbeitsordnung, nämlich dem der Gemeinschaft, wie er bereits im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 zum Ausdruck gekommen ist, auch für das Arbeitsverhältnis Geltung verschaffen[1]). Aber über die Ausführung dieses Gedankens herrscht nach wie vor Streit. Dieser konnte auch nicht durch den vom Arbeitsrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht aufgestellten „Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis"[2]) beendigt werden. Der Entwurf will lediglich praktische Aufgaben lösen. Er bringt daher keine Erörterung wissenschaftlicher Streitfragen, sondern nimmt zu ihnen nur insoweit Stellung, als zur Lösung dieser praktischen Aufgaben erforderlich ist.[3])

Das gilt insbesondere auch für die Begründung des Arbeitsverhältnisses. Der Streit um die Art und die Rechtsnatur des Begründungsvorganges konnte bei der dargelegten Zielsetzung des Entwurfs wohl einer Klärung entgegengeführt werden, jedoch wurde er nicht beendet. Es muß daher Aufgabe dieser Arbeit sein, den Versuch zu unternehmen, zur endgültigen Klärung der noch offenen Streitfragen beizutragen und dabei darzulegen, inwieweit der Entwurf der Akademie für Deutsches Recht offene Fragen gelöst hat oder zu ihrer Lösung beigetragen hat.

Es sollen hier nur diejenigen Arbeitsverhältnisse in Betracht kommen, die von den Beteiligten freiwillig begründet werden.[4]) Damit scheiden alle die Arbeitsverhältnisse aus, die durch einen Verwaltungsakt zustande kommen. Es handelt sich dabei um Ausnahmen, die auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung in bestimmten Fällen möglich sind. So ist mit der Zustellung des Beschlusses der Hauptfürsorgestelle an den Unternehmer nach § 7, Abs. 2 des Gesetzes über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 6. April 1920 in der Fassung vom 12. Januar 1923 ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Unternehmer und dem Schwerbeschädigten begründet. Ferner besteht die Möglichkeit, auf Grund der Verordnung zur Sicherstellung des Kräftebedarfs für Aufgaben von besonderer staatspolitischer Bedeutung vom 13. Februar 1939 durch Verwaltungsakte Arbeitsverhältnisse zu begründen. Nach § 1 dieser VO können Bewohner des Reichsgebietes verpflichtet werden, auf einem ihnen zugewiesenen Arbeitsplatz Dienste zu leisten.

---

[1]) Vgl. Siebert, D. Arb. R. 1937, S. 14.
[2]) Hamburg, 1938.
[3]) Hueck, D. Arb. R. 1938, S. 180.
[4]) Durch die Freiwilligkeit des Begründungsvorganges wird aber noch nicht die Rechtsnatur des Vorganges festgelegt (Siebert, Dtsch. Arb. R., Einl. II, S. 6.)

Diese Fälle sind für die Erörterung des Themas ohne Bedeutung, da es dabei auf den Willen eines Beteiligten oder der Beteiligten des Arbeitsverhältnisses überhaupt nicht ankommt. Es kommen daher nur die Arbeitsverhältnisse in Betracht, die freiwillig auf Grund des Willensentschlusses von Unternehmer und Beschäftigten angeschlossen werden.

Das Wesen des Arbeitsverhältnisses.

Bevor nun die Begründung des Arbeitsverhältnisses erörtert werden kann, müssen zunächst das Wesen und die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses klargestellt werden. Erst dann, wenn feststeht, was begründet werden soll, kann überhaupt der Begründungsvorgang erörtert werden, denn dieser muß ja dem Wesen dieses Verhältnisses irgendwie entsprechen.

I. Das Wesen der Arbeit.

Die Wesensbestimmung des Arbeitsverhältnisses hat auszugehen von dem Begriff der Arbeit, denn die Arbeit ist ja das Element, auf dem erst das Arbeitsverhältnis aufgebaut werden kann[1]). Von unserer Einstellung zur Arbeit und von der Wertung der Arbeit her kommt man erst zu der Betrachtungsweise, die juristisch als die einzig richtige erscheint, weil sie auch vom weltanschaulichen Standpunkt aus zu bejahen ist. Das wird klar, wenn man die Betrachtungsweise über das Wesen der Arbeit vor 1933 mit derjenigen des Nationalsozialismus vergleicht, wenn man insbesondere die Folgerungen, die früher daraus gezogen wurden, auf ihre heutige Anwendbarkeit überprüft.

1. Für die frühere Anschauung ist die Auffassung der Verfasser des BGB. bezeichnend, die das Recht der „abhängigen Arbeit" unter die einzelnen Schuldverhältnisse brachten. Darin kommt sinnfällig zum Ausdruck, daß die Arbeitsleistung genau so bewertet wurde wie irgendeine Vermögensleistung, also z. B. wie die Hingabe einer Ware beim Kauf. Die Arbeitsleistung war Gegenstand eines schuldrechtlichen Vertrages. Nur sie wurde als „unpersönlicher Kostenfaktor in der Betriebsrechnung"[2]) gewertet; die Persönlichkeit des Arbeitenden trat hierbei in keiner Weise in Erscheinung. Das ist klar ersichtlich, wenn man sich den § 611 BGB ansieht. Dort heißt es, daß derjenige, der Dienste zusagt, durch den Dienstvertrag zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet ist. Es kommt dabei also lediglich auf die zu leistenden Dienste an.

Nun wurde zwar schon frühzeitig erkannt, daß zwischen Arbeitsleistung und Übertragung einer Ware ein Unterschied besteht. Es fehlte nicht an Hinweisen, daß die Arbeit nicht zum Vermögen einer Person gehört, sondern daß sie mit der Person unmittelbar verknüpft ist und deren Einsatz erfordert. Daraus wurden jedoch nicht die notwendigen Folgerungen gezogen.[3]) Noch 1935 wurde z. B. erklärt, daß das Arbeitsverhältnis ein schuldrechtliches Abhängigkeitsverhältnis sei, obwohl dabei betont wurde, daß bei persönlichen Leistungen die „Hingabe seiner selbst" erfolge,[4]) womit offenbar der Warencharakter der Arbeit verneint werden sollte.

---

[1]) Siebert, in Festgabe „10 Jahre Arb. Ger.", S. 59.
[2]) Merkel, NS Soz. Pol. („Der Vertrauensrat") 1935, S. 36.
[3]) Siebert, Arb. Verh., 1935, S. 23.
[4]) Anraths in D. Arb. R. 1935, S. 130 f, ebenso z. B. Mansfeld-Pohl, § 1, Anm. 3, S. 85.

2. In dieser Auffassung hat sich in steigendem Maße eine Wandlung vollzogen. Mehr und mehr wurde die Auffassung vom Warencharakter der Arbeit als im Gegensatz zu unserer Weltanschauung stehend erkannt und daher abgelehnt. Nach heutiger Anschauung ist die Arbeit „Entfaltung der Persönlichkeit und Betätigung ihrer Kräfte für die Gemeinschaft".[1]) Daraus ergibt sich, daß die Arbeit nicht wie eine Ware behandelt werden kann. Wenn die Arbeit Entfaltung der Persönlichkeit ist, dann kann sie nicht von dieser losgelöst werden, um selbständig Vertragsobjekt zu sein.[2]) Dann muß irgendwie zum Ausdruck kommen, daß die Persönlichkeit des Arbeitenden wesentlicher Faktor für die Gestaltung der Arbeitsleistung ist.

Aus diesem Anschauungswandel ergeben sich bedeutende Folgerungen. So ist es erst mit der Abkehr vom Schuldrecht und mit der Einbeziehung der Persönlichkeit in das Arbeitsverhältnis möglich, die Treuebindung zwischen den Beteiligten in ihrem ganzen Umfang zu erfassen. Sämtliche Beziehungen zwischen ihnen leiten sich letzten Endes aus dieser Treuebindung ab. Damit kommt es nicht mehr entscheidend darauf an, ob die Beteiligten Einzelabmachungen getroffen haben. Gerade diese vertraglichen Beziehungen waren ja dem schuldrechtlichen Vertrag über Arbeit wesentlich. Ansprüche leitete man, soweit sie nicht auf Grund des Gesetzes oder gesetzlicher Bestimmungen unmittelbar gegeben waren, aus Einzelabmachungen her, die, wenn sie nicht ausdrücklich abgeschlossen waren, als stillschweigend zustandegekommen konstruiert wurden.

Erst dann, wenn die Persönlichkeit des Arbeitenden in das Arbeitsverhältnis mit einbezogen wird, ist es methodisch einwandfrei, die Fürsorgepflicht des Unternehmers anzuerkennen. § 618 BGB stellt demgegenüber einen Fremdkörper in der schuldrechtlichen Regelung über die Arbeit dar. Mit der Abkehr vom Schuldrecht steht aber nicht allein die geleistete Arbeit in Frage, sondern die persönliche Beziehung zwischen dem Unternehmer und den Beschäftigten. Erst damit ist methodisch die Fürsorgepflicht des einen für den anderen möglich.

3. Von dieser Grundauffassung ist offenbar auch der Akademieentwurf ausgegangen, wenn es in seinem § 1 heißt, daß das Arbeitsverhältnis ein Gemeinschaftsverhältnis ist, in dem ein Gefolgsmann seine Arbeitskraft für einen Unternehmer in dessen Betrieb oder sonst in dessen Dienst einsetzt. Die Arbeitskraft läßt sich, wie schon gesagt, von der Person ihres Trägers nicht trennen.

[1]) Siehe Siebert, Dtsch. Jur. Tag 1936, S. 192; ders. D. Arb. R. 1937, S. 19; vgl. dazu auch Weigelt, Arb. R. u. Volkstum 1933, S. 297, Schuhmann—Brucker, Soz. Pol. im neuen Staat, 1934, S. 9 ff; Höhn, Rechtsgem. u. Volksgem. 1935, S. 617, Riedler, Polit. Arblehre S. 896; Oppermann, DArb.R. 1937, S 197 f; Hastler, Dt. R. 1938, S. 449, Molitor, Dtsch. Arbeitsrecht 1938, S. 36.

[2]) Vgl. Frey, Die sittenwidrige Kündigung im Arb. R. 1938, S. 34; Hastler, Dt. R. 1938, S. 449; Westphal D. Arb. R. 1938, S. 330.

II. Wesen und Rechtsnatur der Betriebsgemeinschaft.

Die Grundlage einer Ordnung der Arbeit, auf der damit auch die Erörterung des Arbeitsverhältnisses aufbauen muß, ist die Regelung, die das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit getroffen hat. Über diesen Punkt herrscht im Schrifttum Einigkeit.[1]) Nach dem AOG ist die Grundlage des Arbeitslebens die Betriebsgemeinschaft. Von dieser geht das Gesetz aus.[2]) (Vgl. §§ 2, Abs. 2; 6, Abs. 1; 35; 36 AOG). Damit ist das Vorhandensein der Betriebsgemeinschaft gesetzlich anerkannt. Will man also das Wesen des Arbeitsverhältnisses klarlegen, dann muß man auch von der Betriebsgemeinschaft ausgehen.

1. Im Gegensatz zur Rechtslage vor dem Erlaß des AOG wird der Schwerpunkt der arbeitsrechtlichen Gestaltung heute in den Betrieb verlegt.[3]) Auch die Betriebsgemeinschaft baut, wie schon der Name andeutet, auf ihm auf.[4])

Was ist nun unter einem Betrieb zu verstehen? Das AOG sagt in seinem § 1, daß im Betriebe der Unternehmer als Führer des Betriebes mit der Gefolgschaft gemeinsam arbeitet. In § 2 ist wiederum vom Führer des Betriebes die Rede; er entscheidet der Gefolgschaft gegenüber. In diesen beiden Paragraphen ist der Begriff „Betrieb" offenbar in zwei verschiedenen Bedeutungen gebraucht worden. Dort, wo es heißt, daß im Betrieb gearbeitet wird, ist der Betrieb als technisch-organisatorische Einheit gemeint. Hier entspricht der Betriebsbegriff demjenigen des § 4 AOG, wo nur von dem Betrieb als der organisatorischen Einheit, innerhalb welcher die Arbeit geleistet wird, die Rede ist.

Wenn demgegenüber vom Unternehmer als dem Führer des Betriebes gesprochen wird, dann muß etwas anderes darunter verstanden werden. Dann kann das Wort „Betrieb" nur in der Bedeutung von „Betriebsgemeinschaft" verstanden werden, denn führen kann man nur eine Gemeinschaft, nicht einen technisch-organisatorischen Apparat; der wird geleitet.

Wenn daher im Schrifttum die Ansicht vertreten wird, daß Betrieb und Betriebsgemeinschaft nicht identisch seien,[5]) so stimmt das nur für den Fall, daß man den Betrieb als technische Einheit auffaßt. Daß man den Betrieb aber auch der Gemeinschaft gleichsetzen kann, beweist ja das Gesetz. An diesem Ergebnis können auch die von Nikisch und von Hueck vorgebrachten Gründe nichts ändern, die für ihre Ansicht den Alleinbetrieb anführen,

---

[1]) Hueck, D. Arb. R. 1938, S. 180; Siebert, Arb. Verh. 1935, S. 53; ders. D. Arb. R. 1937, S. 14.

[2]) Denecke, D. Arb. R., 1934, S. 220.

[3]) Vgl. Hueck—N.—D., 3. Aufl. § 1, Anm. 2; Kühn, Führergedanke, S. 67.

[4]) Vgl. z. B. Graf v. d Goltz in Festschrift f. Schlegelberger, S. 317; Etzler, Diss. Breslau, 1937.

[5]) Nikisch, Arb. R. 1936, S. 15; Denecke, D. Arb. R. 1936, S. 14; Hueck, Dtsch. Arb. Recht, S. 51.

weil es dort zwar einen Betrieb gäbe, nicht aber eine Betriebsgemeinschaft, oder die sagen, daß man einen Betrieb verkaufen könne, nicht aber eine Betriebsgemeinschaft.

Was ist nun unter dem Betrieb als organisatorische Einheit zu verstehen? Vor 1935 sah man darin „die Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder mehreren Rechtssubjekten gemeinsam verfolgten technischen Zweckes".[1])

Diese Begriffsbestimmung wird auch heute noch von einem Teil des Schrifttums aufrecht erhalten.[2]) Das wird damit begründet, daß das AOG, das in § 1 den Betrieb voraussetzt, auf eine Legaldefinition verzichtet.[3])

Von anderer Seite wird eine Änderung dahingehend anerkannt, daß man heute nicht mehr die persönlichen Arbeitskräfte den Betriebsbestandteilen gleichsetzen kann. Daher definiert auch Hueck mit dem Arbeitsrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht den Betrieb als „organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt".[4]) Dieser sogenannte objektive Betriebsbegriff hat natürlich auch heute noch Gültigkeit; er ist die Grundlage für die Betriebsgemeinschaft.

Dem steht der Betrieb als „Organisationsform der Betriebsgemeinschaft"[5]) gegenüber. In diesem Sinne bildet er eine konkrete, d. h. lebendige „Zelle in der sozialen und wirtschaftlichen Kräfteordnung"[6]) Das kommt auch in einzelnen Urteilen des RG und des RAG zum Ausdruck.[7]) Dort wird der Betrieb angesehen als „lebendiger Organismus, innerhalb dessen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu einer Produktionsgemeinschaft zusammengeschlossen sind und in gemeinsamer Tätigkeit demselben Ziele zustreben". Gegenüber der Auffassung vom Betrieb als einem technischorgani-

[1]) Hueck-Nipperdey, Bd. I, S. 78.

[2]) Hueck-N.-D., 3. Aufl. § 4, Anm. 2 und die dort angegebene Literatur; Staudinger, BGB, 10. Aufl. 1939, Vorbemerk. 304a zu § 611.

[3]) So Mansfeld, Ordnung d. Nat. Arb. und neuestens Wernicke, Betrgem. u. Arb. Vertr. 1939, S. 4; Hueck-N.-D., 3. Aufl. § 4, Anm. 2.

[4]) Hueck, Dtsch. Arb. Recht, 1938, S. 51; Nikisch, Arb. R. 1936, S. 14; Rochholz, Betrgem. u. Betr. Ord. 1938, S. 7 f, vgl. auch RAG in Arb. R. Samml. 36, S. 385 ff.

[5]) Nikisch, Arb. R., 1936, S. 14; Rochholz a. a. O. S. 8.

[6]) Siebert, Arb. Verh. 1935, S. 61; ders. Dtsch. R. Wiss. 1936, S. 217, 220; Nikisch, Arb. R. 1936, S. 14; Huber, J. W. 1934, S. 1018 f („Wirkliche soziale Einheit"); Klotz, D. Arb. R. 1935, S. 230.

[7]) So z. B. R. G. Z. 113, 89; RAG in Arb. R. Samml. 6,411; 10, 183; 17, 152, 409; anders aber z. B. RAG in Arb. R. Samml. 30, 323.

satorischen Gebilde, die lediglich eine technische Betrachtungsweise darstellt,[1]) ist innerhalb der Darstellung des Wesens des Arbeitsverhältnisses und der Betriebsgemeinschaft diese letztere Begriffsbestimmung anzuwenden, denn nur durch sie kann das Wesen der Betriebsgemeinschaft klargestellt werden.[2])

2. Die Betriebsgemeinschaft stellt eine Erscheinungsform der Gemeinschaft dar. Sie ist damit nicht isoliert für sich ein abstraktes Denkgebilde und dart daher auch nicht als Selbstzweck aufgefaßt werden.[3]) Die Betriebsgemeinschaft hat dem gemeinen Nutzen von Volk und Staat zu dienen (§ 1 AOG). Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß sie eine Gliederung der Volksgemeinschaft ist und daß sie deren Wesen unterworfen ist.[4]) Die Volksgemeinschaft ist eine konkrete Gemeinschaft, d. h. sie ist „das Volk als Lebewesen, nicht als fiktives, sondern als wirkliches Lebewesen".[5]) Nicht die Einzelperson, sondern diese Gemeinschaft ist der Höchstwert in unserem Recht; auf sie ist daher abzustellen.[6]) Das gilt in der Volksgemeinschaft und auch in den einzelnen Teilgemeinschaften, in die der Volksgenosse entweder hineingeboren wird — das ist die Familie — oder in die er aufgenommen wird — z. B. in die Betriebsgemeinschaft.[7])

---

[1]) Siebert, Arb. Verh. 1935, S. 61.

[2]) In diesem Zusammenhang ist noch Denecke (D. Arb. R. 1936, S. 14 ff) zu erwähnen, der den Betrieb als techn. Einheit und als „Teil des Volksganzen" erkennt (a. a. O. S. 16), der aber beides in einer Definition zusammenfaßt. Eine nähere Erörterung dieser Definition kann dahingestellt bleiben. In diesem Zusammenhang bedeutet diese keine Förderung des Problems. Vielmehr ist grundlegend die Erkenntnis, daß man neben die technische Einheit heute den Betrieb als Zelle der Gemeinschaft zu stellen hat.

[3]) Siebert, D. R. Wiss. 1936, S. 221; Huber J W. 1937, S. 1112.

[4]) Vgl. dazu Höhn .„Vom Wesen der Gemeinschaft" 1934, S. 26; Weigelt, NS. Soz. Pol. 1934, S. 48; Mansfeld-Pohl, S. 99; Siebert, Dtsch. R. 1936, S. 104; Nikisch, Festschr. f. Lehmann, 1937, S. 285 ff; Hueck-N-D., 3. Aufl. § 1, Anm. 4; Huber, J. W. 1937, S. 1112; Rochholz, a. a. O. 1938, S. 12.

[5]) Freisler, Nat. Soz. Recht u. Rechtsdenken, 1938, S. 53.

[6]) Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934, S. 6.

[7]) Beide sind als solche Teilgemeinschaften erkannt worden, Vgl. z. B. Siebert, Dtsch. R. Wiss., 1936, S. 204 ff. C. Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 64, Höhn, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft S. 61 f.

Ob man nur die Volksgemeinschaft als einzige Gemeinschaft anerkennt und die hier als Teilgemeinschaften bezeichneten Gebilde als Funktionszellen dieser Gemeinschaft betrachtet (so Hastler, Dtsch. R. 1938, S. 449) oder aber ob man diese auch als Gemeinschaften anerkennt, ist im Wesen dasselbe, wenn man davon ausgeht, daß die einzelnen Gemeinschaften nur innerhalb der Volksgemeinschaft vorhanden sein können und nur soweit einen Sinn

Das Leben in diesen Gemeinschaften wickelt sich nach bestimmten von vornherein feststehenden Grundregeln ab. In diesem Sinne läßt sich auch die Gemeinschaft als solche mit C. Schmitt als konkrete Ordnung bezeichnen.[1])

Das gilt wie für alle Gemeinschaftsformen so auch für die Betriebsgemeinschaft. Sie bildet so aufgefaßt die Grundlage für die Betrachtung des Arbeitsverhältnisses[2]).

Dieser Auffassung von der Betriebsgemeinschaft als einer konkreten Ordnung wird nun von Joerges[3]) entgegengehalten, daß sie den Tatbestand nicht befriedigend erfasse. Ordnung sei ein System von Richtlinien oder Normen für das Zusammenleben und Zusammenwirken von Menschen. Die Betriebsgemeinschaft sei aber kein derartiges System, sondern das Ergebnis einer durch den Gemeinschaftsgedanken bestimmten Ordnung, durch die eine Mehrheit von Menschen zu einer seelischen Verbundenheit zusammengeschlossen seien. Danach soll also mit anderen Worten die Betriebsgemeinschaft als Ergebnis einer bestimmten vorhandenen Regelung, eben eines Systems von Normen, die durch einen gemeinsamen Gedanken innerlich zusammengeschlossene Personenmehrheit sein.

Diese Definition geht m. E. an dem Begriff der konkreten Ordnung vorbei. Die besondere von Siebert vertretene Lehre fußt auf den Forschungen von C. Schmitt und Höhn, die diesen Begriff in unser neues Rechtsdenken eingeführt haben.[4]) Für die arbeitsrechtliche Lehre gilt also genau das, was von diesen vorgebracht wird. Danach ist „echte Gemeinschaft niemals bloße Idee, bloße Einheit des Fühlens und Wollens", die „erst in Einzelpersönlichkeiten Gestalt finden könnte".[5]) Ferner ist für das konkrete Ordnungsdenken nach C. Schmitt[6]) „Ordnung auch juristisch nicht in erster Linie Regel oder eine Summe von Regeln, sondern, umgekehrt, die Regel ist nur ein Bestandteil und ein Mittel der Ordnung". Und weiter: „Die Norm oder die Regel schafft nicht die Ordnung; sie hat vielmehr nur auf dem Boden und im Rahmen

---

haben, als sie deren Zweck dienen. Außerdem kann ja auch „die Funktionszelle" nur dasselbe Gefüge haben wie das Ganze.

[1]) C. Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 11 ff u. S. 64. ebenso Höhn, Rechtsgemeinschaft u. Volksgemeinschaft; Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 307.

[2]) Vgl. dazu die unter Anm. 1 genannte Literatur, ferner Siebert in Festgabe „10 Jahre Arb. Ger." S. 59 f; Mansfeld, Ak. Z. 1935, S. 908; Kühn, Der Führergedanke, S. 7; Graf v. d. Goltz, Festschrift f. Schlegelberger, S. 316 u. Merkel, D. Jur. Z. 1936, S. 228 u. Schoan, Ak. Z. 1936, S. 708 f.

[3]) D. Arb. R. 1938, S. 93.

[4]) C. Schmitt, Über die drei Arten ...; Höhn, Rechtsgemeinschaft u. Volksgemeinschaft.

[5]) Siebert, Arb. Verh. 1935, S. 62.

[6]) Über die drei Arten ... S. 13.

einer gegebenen Ordnung eine gewisse regulierende Funktion. Für eine rein normativistische Methode ist es dagegen kennzeichnend, daß sie die Norm oder Regel (im Gegensatz zur konkreten Ordnung) isoliert und verabsolutiert." Ferner: „Die konkrete Ordnung ist überpersönlich." Damit wird klar, daß Joerges an die Erfassung der Betriebsgemeinschaft vom normativistischen Standpunkt aus herangeht. Er sieht eine bestimmte Ordnung, also in seinem Sinne ein System von Richtlinien und Normen, als deren Folge erst die Betriebsgemeinschaft erkennbar wird. Von seinem Standpunkt aus kann dann konsequenterweise die Betriebsgemeinschaft keine konkrete Ordnung sein, da sie für ihn lediglich „eine Einheit des Fühlens und Wollens" ist, die „erst in der Einzelpersönlichkeit Gestalt gewinnt". Betrachtet man aber die Betriebsgemeinschaft als Teilgemeinschaft der Volksgemeinschaft — und das ist, wie oben S. 12 ff. gezeigt wurde, heute allgemein anerkannte Lehre — und sieht man dabei die Volksgemeinschaft als konkrete, d. h. wirklich vorhandene Gemeinschaft an, dann kann naturnotwendig das Teilstück nur dieselbe Struktur aufweisen wie das Ganze. Die Betriebsgemeinschaft muß dann ebenfalls eine konkrete Gemeinschaft sein und nicht eine solche des Willens. Sie ist dann nicht nur eine gesinnungsmäßige Gemeinschaft.[1]) Sie ist nicht lediglich sittliche Forderung[2]), sondern sie ist eine in sich geschlossene und rechtlich erhebliche Personengemeinschaft.[3]) Sie ist nicht sozialer Ausgleich, sondern lebendige Einheit.[4])

a) Die Betriebsgemeinschaft ist als konkrete Gemeinschaft zugleich rechtlich erhebliche Erscheinungsform[5])[6]). Diese Feststellung, ist für die Begründung der Arbeitsverhältnisse von Wichtigkeit. Insbesondere ist es wichtig, zu wissen, ob man die Betriebsgemeinschaft als eine rechtliche Gemeinschaft nicht etwa den im Rechtsverkehr schon vorhandenen Gebilden unterstellen oder doch gleichstellen kann, da man dann von da aus Schlüsse auf die Begründung der Arbeitsverhältnisse ziehen kann.

Die Auffassungen über die Rechtsnatur der Betriebsgemeinschaft gehen allerdings auseinander. Es wird z. B. der Standpunkt

---

[1]) So Wernike, Betriebsgemeinschaft u. Arbeitsvertrag, S. 12 f.
[2]) Siebert, Dtsch. Jur. Tag, 1936, S. 194.
[3]) Rößler, Der Führer des Betriebes, S. 21.
[4]) Siebert, Dtsch. R. 1935, S. 482 f; Höhn, Ztschr. f. d. ges. Staats. Wiss., Bd. 95, S. 656 ff; Larenz, Rechts- u. Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl., 1935, besonders S. 156 ff.
[5]) Sie ist aber keine Rechtsgemeinschaft. Als solche wäre sie in unserem Sinne überhaupt keine Gemeinschaft. Vgl. R. Schmidt, Diss. München, 1936, S. 12.
[6]) Siebert, Arb. Verh., S. 62. Vgl. ferner Rößler a. a. O., S. 21; Hueck-N-D., 3. Aufl. 1939, § 1, Anm. 6; Staudinger, BGB 10. Aufl. Vorbem. 303a zu § 611; zweifelnd Mansfeld-Pohl, § 1, Anm. 4; ablehnend Mansfeld, D. Arb. R., 1936, S. 124, 129; Hentschel, D. Arb. R. 1936, S. 300. Zu diesen letzteren vgl. Siebert, D. Arb. R. 1937, S. 15.

vertreten, daß man die Betriebsgemeinschaft nicht als selbständigen Vermögensträger ansehen könne[1]), daß sie keine Rechtsgemeinschaft sei, daß daher auch keine Rechte und Pflichten gegen die Gemeinschaft als solche möglich seien.[2]) Mit diesen Ausführungen hat man sich insbesondere gegen die Lehre gewandt, daß die Betriebsgemeinschaft eine rechtliche Einheit ist. Mit dem Ausdruck von der Betriebsgemeinschaft als „einer rechtlichen Gemeinschaft und Einheit"[3]) soll aber in keiner Weise dargetan werden, daß die Betriebsgemeinschaft als solche Anspruchsgegner und Vermögensträger sein soll. Das bleibt auch nach der angeführten Lehre der Unternehmer. Es soll mit dem Begriff der Betriebsgemeinschaft als einer rechtlichen Einheit nur zum Ausdruck kommen, daß diese als solche irgendwie im Rechtsverkehr erheblich ist und damit in Erscheinung tritt.[4]) Es wird vor allem dagegen Stellung genommen, daß man in der Betriebsgemeinschaft nur eine tatsächliche, auf ethischem Gebiet liegende Gemeinschaft sieht,[5]) die rechtlich höchstens dadurch Bedeutung erlangen könnte, daß man Grundsätze anderer Rechtsfiguren im Wege der Auslegung auf sie anwenden würde. Daß die Betriebsgemeinschaft aber rechtlich zu erfassen ist, ergibt sich „schon aus der gegenseitigen Treu- und Fürsorgepflicht des § 2 Abs. 2 AOG und der Einrichtung der sozialen Ehrengerichtsbarkeit (§§ 35 ff AOG)"[6]).

b) In diesen Bestimmungen und ferner auch noch in § 6 Abs. 1 u. 2 AOG tritt die Betriebsgemeinschaft rechtlich in Erscheinung. Aus ihnen ergibt sich aber nicht deren Rechtsform; davon schweigt das AOG. Aus der rechtlichen Anerkennung der Betriebsgemeinschaft im AOG kann aber ohne weiteres geschlossen werden, daß diese auch eine bestimmte Rechtsform haben muß. Soviel läßt das Gesetz erkennen, daß die Betriebsgemeinschaft keine Rechtsfähigkeit besitzt, daß sie also keine juristische Person darstellt. „Sie hat überhaupt keine Außenwirkung, sondern erschöpft sich in ihrer inneren Wirkung."[7]) Eine solche Wirkung wäre nur

[1]) Mansfeld, D. Arb. R., 1936, S. 118 ff; Classen, Jahrb. für Soz. Pol. 1936, S. 52.

[2]) Hentschel, D. Arb. R., 1936, S. 300. Hier werden also die Begriffe „Rechtsgemeinschaft" und „Rechtsperson" einander gleichgestellt.

[3]) Siebert, Arb. Verh., S. 62.

[4]) Vgl. Siebert, D. Arb. R., 1937, S 15, Anm. 6; ders. Dtsch. R., 1937, S. 115, Anm. 11. Dort wird zu Recht hervorgehoben, daß der Einwand, die Erhebung der Betriebsgemeinschaft zur Grundlage des Arbeitsverhältnisses führe dazu, diese als solche zum Träger von Rechten und Pflichten zu machen, am wahren Wesen der Betriebsgemeinschaft vorbeigeht, ebenso wie wenn gesagt würde, die Volksgemeinschaft sei in unserer Rechtsordnung nur möglich, wenn sie auch Eigentümer sein könne.

[5]) S. z. B. Wagner, Diss. Berlin, 1936, S. 45.

[6]) Wernicke, Betriebsgemeinschaft u. Arbeitsvertrag, 1939, S. 13.

[7]) Hueck-N.-D., 3. Aufl., § 1, Anm. 6; Rößler, a. a. O. S. 27; vgl. auch Siebert, D. Arb. R. 1937, S. 15 Anm. 6.

möglich, wenn sie auch gesetzlich festgelegt worden wäre; das ist aber nicht der Fall.

In dem Bestreben, die Betriebsgemeinschaft rechtlich zu erfassen, hat man nun untersucht, ob sie etwa unter positiv-rechtlich geregelten Rechtsformen einzureihen ist. Nach dem oben Gesagten scheiden dabei die juristischen Personen aus. Aber auch sonstige Rechtsinstitute, insbesondere solche des BGB können hier nicht angewandt werden. So kann die Gemeinschaft des BGB (§ 741 ff BGB) nicht zum Vergleich herangezogen werden, da diese rein vermögensrechtlicher Natur ist und mit einer konkreten Gemeinschaft im heutigen Sinne nichts zu tun hat.[1])

Aber auch die Ausgestaltung der Gesellschaft des BGB (§ 705 ff.) kann zur Klärung nicht beitragen. Zwar ist die Gesellschaft eine sogenannte Gemeinschaft zur gesamten Hand und als solche ein Zusammenschluß von Personen zu einer Einheit zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, was bei der Betriebsgemeinschaft auch der Fall ist. Aber das Gesamthandverhältnis ist viel zu individualistisch und stellt daher keine wirkliche Gemeinschaft dar.[2]) Es besteht als Kollektiveinheit vielmehr lediglich in der Summierung individueller Interessen.[3])

Dasselbe hat von dem nichtrechtsfähigen Verein (§ 54 BGB) zu gelten, da er weitgehendst den Regeln der §§ 705 ff BGB unterworfen ist. Nicht anders steht es mit den handelsrechtlichen Gesellschaften. Auch sie stellen keine Gemeinschaft dar, sondern sind vermögensrechtliche Zusammenschlüsse, die höchstens personenrechtlichen Einschlag haben.[4])

Da durch einen Vergleich mit geltenden Rechtsinstituten demnach keine Klärung des rechtlichen Bestandes der Betriebsgemeinschaft erfolgen kann, hat man Anknüpfungspunkte an das alte deutsche Recht gesucht, das sich am ehesten mit unserem heutigen Gemeinschaftsrecht vergleichen läßt. Man knüpft dabei besonders an die Forschungen von O. v. Gierke an. Zum Teil glaubt man, die Betriebsgemeinschaft rechtlich zu erfassen, wenn man sie im Sinne von Gierke als Herrschaftsverband bezeichnet.[5]) Unter dem Herrschaftsverband versteht Gierke diejenige Gemeinschaft, in der

---

[1]) Wernicke, Arbeitsgemeinschaft u. Arbeitsvertrag, 1939, S. 14; Rößler, a. a. O., S. 21.

[2]) Siebert, Dtsch. R., 1934, S. 462.

[3]) Schoan, Ak. Z., 1936, S. 709; Gierke, Dtsch. Priv. Recht, 1895, I, S. 682.

[4]) Wernicke, a. a. O., S. 15; Rößler, a a. O., S. 22 ff.

[5]) Mansfeld-Pohl, S. 101 u. 112; Hueck-N.-D., 1. Aufl. 1934, § 1, Anm. 6. Diese Auffassung ist jedoch in der 2. Aufl. fallen gelassen worden (§ 1, Anm. 6); vgl. auch Mansfeld, D. Arb. R., 1936, S. 119 f; Joerges, Arb. R. u. Volkst., 1934, S. 43; Wernicke, a. a. O., S. 15, ff; Fechner, Führertum und Unternehmertum . . ., S. 36 ff; Rößler, a. a. O. S 28 f; Kühn, a. a. O., G. 29;

einer „der Herr ist und in dem sich die gesamte rechtliche Einheit des Verbandes darstellt".[1]) Der Herrschaftsverband beruht auf Unterordnung. Man bezeichnet ihn als ein personenrechtliches Verhältnis und versteht dabei unter Personenrecht dasjenige Recht, das dem Herren „über die fremde Persönlichkeit als solche" eine Macht gibt.[2]) Von anderen Schrittstellern wird diese Auffassung zu Recht abgelehnt. Das wird allerdings damit begründet, daß die Bezeichnung der Betriebsgemeinschaft als Herrschaftsverband zu sehr das Entscheidungsrecht des Führers betone.[3]) Die Begründung scheint an dem Wesen des Unterschiedes zwischen den beiden verglichenen Rechtsformen vorbei zu gehen. Dieser Unterschied liegt nicht darin, daß auf der einen Seite das Entscheidungsrecht des Führers stärker ist als auf der anderen. Der Unterschied beruht vielmehr in der Wesensverschiedenheit von Herrschaftsverband und Gemeinschaft im heutigen Sinne. Das Recht des Herrschaftsverbandes im Sinne von Gierke kann deshalb für die Betriebsgemeinschaft keine Anwendung finden, weil es das Recht des Herren verkörpert. Es geht von dem Individum „Herr" aus, nicht von der Gemeinschaft und ihrem Führer. In der Gemeinschaft gilt nicht das Recht des Herren, sondern dasjenige der Gemeinschaft.[4]) Insbesondere ist vom Gemeinschaftsdenken aus das Personenrecht nicht ein Recht an einer fremden Person, nicht die Macht über eine fremde Persönlichkeit. Unter einem personenrechtlichen Rechtsverhältnis ist vielmehr dem Wesen nach „ein in besonders intensiver und totaler Art auf Beziehungen von Person zu Person gegründetes konkretes Gemeinschaftsverhältnis," zu verstehen, „das die beteiligten Personen als Persönlichkeiten im ganzen, in ihren persönlichen Eigenschaften, Fähigkeiten, Pflichten und Kräften erfaßt und in ein echtes Gemeinschaftsverhältnis einordnet." Es ist dabei ein beiderseitiges Treueverhältnis[5]), nicht aber ist es ein Gewaltunterwerfungsverhältnis.

Das gleiche gilt von der „herrschaftlichen Genossenschaft". Sie verbindet mit genossenschaftlichen Zügen solche des Herrschaftsverbandes und ist daher abzulehnen.[6])

Auf der anderen Seite wird vielfach betont, die Betriebsgemeinschaft sei mit der Genossenschaft im Sinne von Gierke identisch oder aber zumindest verwandt. Dabei ist das Wesensmerkmal der Genossenschaft, daß der Wille der Gesamtheit entschei-

---

[1]) Gierke, Dtsch. Genossenschaftsrecht, Bd. I., Rechtsgeschichte der Deutschen Genossenschaft, S. 89.

[2]) Gierke, Dtsch. Privatrecht, I, S. 697.

[3]) Hueck-N.D., 2. u. 3. Aufl., § 1, Anm. 6.

[4]) Daher ist es nicht richtig, wenn Fechner, a. a. O. S. 36 für seine Auffassung das autoritäre Prinzip in der Betriebsgemeinschaft anführt; vgl. dazu Huber, J. W. 1937, S. 1115.

[5]) Siebert, Arb. Verh. S. 27 u. besonders S. 82; ders., D. Arb. R., 1935, S. 95 ff.

[6]) Huber, J. W., 1937, S. 115.

det.[1]) Nach dieser Ansicht soll die Betriebsgemeinschaft gerade wegen ihres inneren Aufbaues auf Führertum und Gefolgschaft die deutsch-rechtliche Genossenschaft wieder aufleben lassen. Sie soll, da ihr ja die Rechtsfähigkeit fehlt, eine nichtrechtsfähige Genossenschaft sein.[2]) Gierke geht aber im Gegensatz zur heutigen Anschauung vom Individuum aus,[3]) auch bei seiner Genossenschaft. Diese tritt für ihn rechtlich darum in Erscheinung, weil sie als solche von ihm als Rechtspersönlichkeit, d. h. als Individuum angesehen wird. Da aber die „echte Gemeinschaft" keine „von der Vielheit verschiedene Persönlichkeit", daher keine „besondere Rechtswesenheit besitzt" ... ist sie für Gierke rechtlich nicht vorhanden, „ihre Nichtexistenz stellt sich mit Bestimmtheit fest".[4]) Die Betriebsgemeinschaft wäre damit im Sinne von Gierke also nur dann eine Genossenschaft, wenn sie als solche Rechtspersönlichkeit besäße. Das ist aber nicht der Fall.

Es ergibt sich also, daß eine restlose Erklärung der Gemeinschaft mit Hilfe überlieferter oder bestehender Rechtsinstitute nicht möglich ist.[5]) Es handelt sich immer nur um Rechtsfiguren, die der Gemeinschaft irgendwie ähnlich sind und die daher höchstens vergleichsweise herangezogen werden können.

Es erscheint daher angebracht und bei der Stellung, die die konkrete Gemeinschaft im heutigen Rechtsleben einnimmt, auch berechtigt, diese als selbständige Rechtsfigur anzuerkennen.[6])

Wenn nun auch wegen dieser besonderen Struktur der Gemeinschaft Vergleiche zu den erwähnten Verbandsformen nur mit Vorsicht gezogen werden können, so zeigt sich aber doch, daß die Gemeinschaft und also auch die Betriebsgemeinschaft wie diese ein „sozialrechtlicher Oragnismus" ist.[7]) Daraus ergibt sich für die Begründung des Zugehörigkeitsverhältnisses zur Betriebsgemeinschaft der wichtige Schluß, daß sie „ein sozial-schöpferischer Akt" ist.[8]) Weiterhin zeigt sich, daß die Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft durchaus rechtlich zu erfassen ist. Man braucht also nicht unbedingt, wie man es tun muß, wenn man die Betriebsge-

[1]) Vgl. Rößler, a. a. O., S. 28; Gierke, Dtsch. Genossenschaftsrecht. I, Rechtsgesch. d. Dtsch. Genossensch., S. 89.

[2]) Huber, J. W. 1934, S. 1019; ders. J. W. 1937, S. 1115, vgl. auch Staudinger BGB, 10. Aufl., Vorbem. 303a zu § 611; v Besser, Diss. Göttingen, 1937, S. 11.

[3]) Höhn, Otto von Gierkes Staatslehre und unsere Zeit, S. 101.

[4]) Höhn, a. a. O., S. 100; vgl. auch Gierke, Genossenschaftsrecht II, S. 923.

[5]) s. dagegen z. B. Siebert, in Festgabe „10 Jahre Arb Ger"., S. 60, wo erklärt wird, daß mit der Genossenschaft die innere Struktur der Betriebsgemeinschaft geklärt werden kann.

[6]) Dieser Weg wird auch von Siebert, a. a. O., S. 60 f dem in Anm. 5 angeführten vorgezogen; vgl. auch Siebert, Dtsch. R. 1937, S. 111 ff u. R. Schmidt, Diss. München, 1936, S. 28.

[7]) Jorges, Arb. R. u. Volkst. 1934, S. 53.

[8]) Siebert, in Festgabe „10 Jahre Arb. Ger." S. 60.

meinschaft als ein ethisches Gebilde ansieht, das nur für die Auslegung rechtlicher Beziehungen Bedeutung erlangen kann, neben dem Zugehörigkeitsverhältnis zur Betriebsgemeinschaft noch ein solches zu suchen, das auf rechtlicher Ebene liegt.

3. Hat nun der „Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis" darin eine Klärung oder gar eine Änderung der Auffassung gebracht? Es ist zur Beantwortung dieser Frage davon auszugehen, daß in dem Entwurf das einzelne Arbeitsverhältnis geregelt werden sollte. Diese Regelung fußt nun zwar auf dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit als „dem Grundgesetz der neuen Sozialverfassung"[1]), also auf dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft. Demgemäß enthält das AOG aber auch keine unmittelbare Regelung hinsichtlich der Betriebsgemeinschaft, da diese ja mit dem Einzelarbeitsverhältnis nicht identisch ist. Aber auch mittelbar läßt sich aus der Regelung des Entwurfs kein Anhaltspunkt für Wesen und Rechtsnatur der Betriebsgemeinschaft ableiten, da eine enge Beziehung zwischen Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschaft dadurch nicht hergestellt worden ist. Das Wesen der Betriebsgemeinschaft soll gemäß § 3 des Entwurfs nur Auslegungsmaßstab für die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses sein. Diese Auffassung, die beide Verhältnisse getrennt nebeneinander sieht, führt daher auch dazu, daß der Entwurf nicht zur Klärung des Wesens der Betriebsgemeinschaft herangezogen werden kann.

III. Wesen und Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses.

1. Es ist nun auf den Begriff und auf die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses einzugehen. Die Arbeitsverhältnisse sind solche Rechtsbeziehungen, bei denen ein Volksgenosse „seine ganze Arbeitskraft oder einen Teil seiner Arbeitskraft einem anderen Volksgenossen zur Verfügung stellt derart, daß er sich in die Arbeitsaufgabe und Arbeitsleistung dieses anderen Volksgenossen einordnet".[2]) Damit scheiden alle Fälle aus, in denen keine Zurverfügungstellung der Arbeitskraft erfolgt und in denen auch keine Einordnung in die Arbeitsaufgabe und die Arbeitsleistung eines anderen stattfindet. Als solche Fälle kommen z. B. in Betracht der Unterricht eines Klavierlehrers, eines Repetitors, die Dienstleistung eines für eine Bergtour angeworbenen Bergführers, also Dienstverhältnisse, bei denen lediglich eine Verpflichtung zu Einzelleistungen übernommen wird.[3])

Am häufigsten kommen Arbeitsverhältnisse im Betriebe vor. Aber auch außerhalb des Betriebes sind sie möglich. Diese letzteren Fälle beschränken sich jedoch hauptsächlich auf die Hausge-

---

[1]) Entwurf Begründung S. 43 und S. 46; Richter, Art. „Arb Verh.-Ges. I a" in Arb. R. Kartei.

[2]) Siebert, in Festgabe „10 Jahre Arb. Ger"., S. 55; vgl. auch Nikisch, Arb. R. 1938, S. 67.

[3]) Dabei ist zu beachten, daß zwischen den Arbeitsverhältnissen und diesen Dienstverhältnissen Grenzfälle möglich sind.

hilfen, da der Haushalt nach herrschender Lehre nicht als Betrieb angesehen wird, das Rechtsverhältnis der Hausgehilfen andererseits aber durchaus ein Arbeitsverhältnis dargestellt.[1])

2. Die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses ist, seitdem dieser Begriff in der Rechtswissenschaft auftauchte, verschiedenen Auffassungen unterworfen gewesen. Noch 1935 ging Siebert[2]) bei der Begründung seiner Lehre vom Arbeitsverhältnis von der Feststellung Huecks[3]) aus, daß man dem Begriff Arbeitsverhältnis vier verschiedene Bedeutungen beilegen könne und zwar das Arbeitsverhältnis als das aus dem Arbeitsvertrag entspringende Schuldverhältnis, das Arbeitsverhältnis als jedes zur Arbeit verpflichtende Rechtsverhältnis, das Arbeitsverhältnis als „faktisches Arbeitsverhältnis" oder „Beschäftigungsverhältnis" und schließlich das Arbeitsverhältnis als die Gesamtheit der Beziehungen zwischen dem Unternehmer und allen Arbeitnehmern.

Heute besteht über das Arbeitsverhältnis insoweit Einigkeit, daß man an die verschiedenen Bedeutungen nicht mehr anzuknüpfen braucht. Das Arbeitsverhältnis baut auf der „Lebens- und Berufsgemeinschaft" auf[4])[5]) und hat zur Grundlage die grundsätzlich freiwillige Arbeitsleistung. Es ist nach allgemeiner Anschauung ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis.[6]) Was aber unter einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis zu verstehen ist, darüber gehen auch heute noch die Meinungen auseinander. Negativ steht fest, daß man das Arbeitsverhältnis nicht als schuldrechtliches Austauschverhältnis ansehen darf.[7])

Zum Teil begnügt man sich aber lediglich mit der Bezeichnung des Arbeitsverhältnisses als eines personenrechtlichen Verhältnisses und mit der angegebenen negativen Feststellung, ohne rechtlich daraus Folgerungen zu ziehen. So wird die Ansicht vertreten, daß auch heute die für die frühere Wesensbestimmung des

---

[1]) Siebert, Arb. Verh. S. 16, Anm. 1; Hueck, Dtsch. Arb. R., S. 37, 67.

[2]) Arb. Verh., S. 31 f.

[3]) Hueck-Nipperdey I, S. 111 ff.

[4]) Weigelt, N.S. Soz. Pol. 1934, S. 270.

[5]) Das ist auch bei den erwähnten Arbeitsverhältnissen der Hausgehilfen der Fall, denn auch hier besteht ja eine Lebens- und Berufsgemeinschaft oder wie Siebert es nennt, eine Arbeitsgemeinschaft (Siebert, in Festgabe „10 Jahre Arb. Ger.," S. 57)

[6]) Siebert, Abb. Verh. bes. S. 64; ders. Sonderh. d. Z. f. ausl. u. internat. Priv. R., 1937, S. 210; Dersch, D. Arb. R., 1936, S. 68 f; Oppermann, D. Arb. R., 1937, S. 201; Nikisch, Arb. R., 1938, S. 67; Hueck-N.-D., 3. Aufl. § 1, Anm. 3a; Mansfeld, D. Arb. R., 1936, S. 26; Huber, J. W., 1937, S. 113; Hueck; Dtsch. Arb. R. S. 65 f, Nipperdey, D. Arb. R., 1937, S. 142; Joerges, D. Arb. R. 1938, S. 91; Etzler, Diss. Breslau, 1937; RAG in Arb. R. Samml. 32, S. 316 ff, 33, S. 172 ff; LAG in Arb. R. Samml. 27, S. 37; 29, S. 22 u. 36; 30, S. 46 u. 221.

[7]) Staudinger, 10. Aufl., Vorbemerk. 5a zu § 611; Hastler, Dtsch. R. 1938, S. 449; Westphal, D. Arb. R. 1938, S. 329 f.

Arbeitsverhältnisses geforderte „persönliche Abhängigkeit" diesem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis wesentlich sei.[1]) Dabei versteht man unter Abhängigkeit die Verpflichtung — und zwar mehr als eine lediglich obligatorische Verpflichtung — des Gefolgschaftsmitgliedes, den Weisungen des Betriebsinhabers Folge zu leisten. Während diese Meinung früher eine Folge der privatrechtlichen Wirtschaftsauffassung war[2]), glaubt man sie heute deswegen vertreten zu können und auch zu müssen, weil wir von der Gemeinschaft ausgehen. Das wird hergeleitet aus dem Entscheidungsrecht des Betriebsführers gemäß § 2 AOG, das dort zwar nur für die Betriebsgemeinschaft geregelt ist, das aber nach fast allgemeiner Anschauung auch für das Einzelarbeitsverhältnis gilt, da ja dieses „irgendwie" von § 2 AOG beeinflußt wird.

Diese Kennzeichnung des Arbeitsverhältnisses entspricht m. E. jedoch dem Wesen des Gemeinschaftsdenkens nicht. Sie ist aus denselben Gründen abzulehnen wie diejenige, die die Betriebsgemeinschaft als Herrschaftsverband kennzeichnen will. Nach dieser Anschauung wird der Führer des Betriebes ebenso wie bei derjenigen von der Betriebsgemeinschaft als Herrschaftsverband als Individuum gedacht, von dessen Willen der „Unterworfene" abhängig ist. Der Führer ist aber Gemeinschaftspersönlichkeit. An diese Gemeinschaft ist der einzelne, auch der Führer in seinen Entscheidungen gebunden.

Der Arbeiter begibt sich nicht in die Verfügungsmacht des Arbeitgebers, sondern er tritt in eine Arbeitsgemeinschaft ein. Damit tritt an die Stelle der „persönlichen Abhängigkeit" die Rechtsstellung des Gefolgsmannes in einer geführten Arbeitsgemeinschaft".[3])

Es ist nun noch auf einige Lehrmeinungen einzugehen, die in diesem Zusammenhang vorgebracht worden sind. So kommt zwar auch Joerges[4]) zu dem Ergebnis, daß das Arbeitsverhältnis eine personenrechtliche Gestaltung ist. Er versteht aber dabei unter dem Arbeitsverhältnis „einen Inbegriff von gemeinschaftsbezogenen Beziehungen" und kommt zu dieser Formulierung, indem er zwischen dem „Tatsächlichen" und seiner Gestaltung durch das Recht, „dem Rechtlichen" unterscheidet. Auf dem Gebiete des „Tatsächlichen" wird nun wiederum unterschieden zwischen dem äußerlich Wahrnehmbaren — das ist im Arbeitsverhältnis das Zusammenarbeiten von Menschen — und den hierzu führenden Bestimmungsgründen — das ist der Gemeinschaftsgedanke. Das Recht nun regelt nach Joerges nur die äußere Beziehung dieses Tatbestandes, während die innere Seite in der Form erfaßt werden soll, daß die Rechtsordnung „die Handlungen und Unterlassungen

[1]) Vgl. z. B. Hueck, Dtsch. Arb. R. S. 36; Hueck-N.-D., 3. Aufl. § 1, Anm. 10 und die dort angeführte Literatur und Rechtsprechung des RAG.

[2]) Siebert, in Festgabe „10 Jahre Arb. Ger.", S. 55.

[3]) Siebert, in Festgabe „10 Jahre Arb. Ger.," S. 56 f.

[4]) D. Arb. R., 1938, S. 91 ff.

fordert und umschreibt, die sie als dem Gemeinschaftsgedanken entsprechend erachtet."

Dazu ist zu sagen, daß diese Anschauung von dem Recht als einem Normensystem von Einzelbeziehungen ausgeht, das von einem bestimmten Prinzip, heute eben dem Gemeinschaftsgedanken, beherrscht wird, während das früher einmal zurzeit des Liberalismus der Gedanke der Rechtssicherheit des Individuums war. Diese Auffassung verkennt m. E. das heutige Gemeinschaftsdenken. Es handelt sich dabei nicht nur um eine neue Ausrichtung des Rechts nach einem von außen herangetragenen Prinzip, sondern vielmehr um ein Denken in Gemeinschaften, die als Rechtserscheinungen konkret, d. h. wirklich vorhanden sind.[1]) Es kommt dabei nicht auf die genau festgelegten Einzelbeziehungen an, sondern auf die rechtliche Gestaltung der Gemeinschaft, aus deren Wesen dann sich einzelne Ansprüche und Pflichten ergeben.

So wie Jorges bei seiner eben dargestellten Auffassung das Arbeitsverhältnis als ein personenrechtliches Verhältnis ansieht, zeigt sich bei Durchsicht des Schrifttums, daß trotz sonst verschiedener Auffassung allgemein das Arbeitsverhältnis in diesem Sinne gekennzeichnet wird. So bezeichnen z. B. Mansfeld und Nipperdey[2]) das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Verhältnis, obwohl sie eine unmittelbare persönliche Bindung garnicht verlangen, sondern die durch das in einem Vertrage gegebene Versprechen hergestellte Beziehung genügen lassen[3]), obwohl sie also den Vertragscharakter des Arbeitsverhältnisses aufrecht erhalten.

Wiederum eine andere Ansicht wird von Richter[4]) vorgetragen. Danach unterscheidet sich das Arbeitsverhältnis sowohl von den vermögensrechtlichen Austauschverhältnissen als auch von den „rein personenrechtlichen Verhältnissen nach Art von Ehe und Verwandtschaft". Das Arbeitsverhältnis soll eine „Gemeinschaftsbeziehung sein, die auf allen Seiten die beteiligten Menschen ganz erfaßt" und einen „starken personenrechtlichen Zug" trägt.

Angesichts dieser Auffassungen erscheint es angebracht, zu untersuchen, was unter einem personenrechtlichen Verhältnis, unter Personenrecht überhaupt zu verstehen ist und weshalb das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Verhältnis darstellt.

Zunächst muß vom heutigen Standpunkt aus die Ansicht abgelehnt werden, die, ähnlich wie im Sachenrecht ein Recht an einer Sache, im Personnenrecht ein Recht an einer anderen Person sieht, oder wie es von Müllereisert auch genannt worden ist, „die dynamische Beanspruchung seitens des Berechtigten", die sich unmittelbar auf die Person richten soll.[5]) Wenn Müllereisert von diesem

[1]) Vgl. oben S. 7 ff.

[2]) Mansfeld, D. Arb. R. 1936, S. 118 ff; Nipperdey, D. Arb. R. 1937, S. 142 ff.

[3]) s. dazu Nikisch, Festschr. für H. Lehmann, 1937, S. 291.

[4]) Art. „Arbeitsverhältnisgesetz I A (Grundzüge des Akademieentwurfs)" in Arb. R. Kartei.

[5]) Müllereisert, Jur. Grundbegriffe, 1936, S. 151; vgl. dazu Westphal, D. Arb. R., 1938, S. 329 f.

Begriff ausgeht, dann ist es von seinem Standpunkt aus nur folgerichtig, wenn er das Arbeitsverhältnis nicht dem Personenrecht zuweist[1]), denn so ist das Arbeitsverhältnis nicht gestaltet. Andererseits kommen diejenigen, die von dieser Grundlage ausgehen und dabei von einem personenrechtlichen Verhältnis sprechen, dann zu dem Ergebnis, daß sie in dem Arbeitsverhältnis ein Unterwerfungsverhältnis des Gefolgsmannes unter den Willen des Unternehmers sehen und fassen, da ja die Betriebsgemeinschaft auch nach ihnen eine personenrechtliche Gemeinschaft darstellt, diese konsequent als Herrschaftsverband auf.[2])

Ferner ist davon auszugehen, daß man einen Begriff des Personenrechts nicht ohne weiteres dadurch findet, daß man einzelne personenrechtliche Beziehungen einfach als Gegensatz zu denen des Vermögensrechts hinstellt, denn in personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnissen sind naturgemäß vermögensrechtliche Beziehungen vorhanden, genau so wie auch umgekehrt. Wenn man die Gemeinschaft als einheitliche konkrete Ordnung anerkennt, dann widerspricht es diesem Denken, wenn man sie in gleichzeitig nebeneinander bestehende wesensverschiedene Beziehungen aufteilen will.[3]) Die Rechtsnatur solcher Verhältnisse kann nur einheitlich beurteilt werden. Aus diesem Grunde sind die Auffassungen abzulehnen, die beim Arbeitsverhältnis zwischen personenrechtlichen und vermögensrechtlichen Beziehungen trennen wollen.[4])

Aus den vorhergehenden Erörterungen ergibt sich, daß die personenrechlichen Verhältnisse nicht mit sachenrechtlichen Begriffen erklärt werden können. Das Personenrecht, dessen beste Beispiele die früher oft als einzige dieser Art angesehenen familienrechtlichen Beziehungen sind,[5]) stellt sich nicht als ein „absolut subjektives Recht an einer fremden Person" dar.[6])

Andererseits besteht ein bedeutender Unterschied zum Schuldrecht. Daran ändert sich auch nichts durch die Tatsache, daß, wie bereits gesagt wurde, einzelne vermögensrechtliche Beziehungen zwischen den Partnern einer personenrechtlichen Gemeinschaft vorhanden sein können. Das Schuldrecht ist das eigentliche Gebiet

---

[1]) a. a. O., S. 151, ferner ders. in D. Arb. R. 1936, S. 94 ff und D. Arb. R., 1938, S. 280 ff.

[2]) vgl. dazu Siebert, Arb. Verh., S. 27, S. 70 ff.

[3]) Siebert, Dtsch. R. Wiss., 1936, S. 249; R. Schmidt Diss. München 1936, S. 64 f.

[4]) Vgl. oben S. 17, ebenso z. B. Joerges, Arb. R. u. Volkst., 1934, S. 111; ferner zahlreiche Urteile des RAG (RAG in Arb. R. Samml. 22, 170; 25,5; 30,71; 31,273; 32,95; 33,172). So heißt es z. B. noch in RAG in Arb. R. Samml. 33, S. 172, daß das Arbeitsverhältnis ein Rechtsverhältnis von schuldrechtlichem Entstehungsgrund sei und von diesem Gesichtspunkt und dem der Gemeinschaft bestimmt sei.

[5]) Siebert, D. Arb. R. 1935, S. 96; Westphal, D. Arb. R. 1938, S. 330.

[6]) Westphal a. a. O.

des Rechtsverkehrs.[1]) Personen, denn mit solchen haben personenrechtliche Beziehungen ja zu tun, können aber nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein. Das wird sehr deutlich am Arbeitsverhältnis klar. Es wurde bereits (oben S. 3 ff) gezeigt, daß die Arbeit Entfaltung der Persönlichkeit ist; daraus wurde die wesentliche Folgerung gezogen, daß sie auch nicht selbständig Vertragsobjekt sein kann. Bei der engen Verbindung der Arbeit zur Persönlichkeit bliebe für eine schuldrechtliche Konstruktion nur noch übrig, daß die Person selber Gegenstand vertraglicher Verpflichtungen wäre. Das ist aber nach unserem Recht nicht denkbar.[2])

Welches sind nun aber die besonderen Merkmale der personenrechtlichen Verhältnisse? Es wurde festgestellt, daß die familienrechtlichen Verhältnisse früher oft als einzige personenrechtliche Beziehungen angesehen wurden. Die früher herrschende Konstruktion der familienrechtlichen Beziehungen läßt eine Schlußfolgerung auf das Wesen personenrechtlicher Verhältnisse zu. Die herrschende Lehre sah in den Familienrechten ebenso wie in den Sachenrechten Herrschaftsrechte[3]); danach war die Person als solche also Objekt dieser Rechte. Trotz der Abhängigkeit dieser Konstruktion vom römischen Recht, die eine besondere Wertung dieser Familienrechte nicht zuließ, läßt sich für unsere heutige Auffassung von den personenrechtlichen Beziehungen daraus ableiten, daß die Beziehungen zwischen „Rechtssubjekt" und „Rechtsobjekt" besonders eng sein müssen. Das brachte man früher dadurch zum Ausdruck, daß man als besonderes Merkmal dieser Rechte „die dauernde Lebensbeziehung, beruhend auf besonderer sittlicher Pflicht" feststellte.[4]) Diese besonders enge Verbindung der Personen bei den familienrechtlichen Beziehungen und darüber hinaus bei den personenrechtlichen Verhältnissen überhaupt ist für uns heute ein entscheidendes Merkmal. Gegenüber dem Sachenrecht als dem Recht an einer Sache besteht die besonders enge persönliche Verbundenheit aber nicht in dem Recht an einer Person. Diese Konstruktion ist heute nicht mehr möglich. Die persönliche Verbundenheit ergibt sich vielmehr aus der besonderen sittlichen Grundlage, auf der solche Verhältnisse aufgebaut sind und besteht in der Treubeziehung von „Mann zu Mann." Diese Treuebindung kann nun verschieden stark sein. Es kann sein, daß die Beziehung auf Lebensdauer gerichtet ist — z. B. die Ehe —, es kann aber auch sein, daß sie für eine nicht so lange Dauer berechnet ist, — z. B. die meisten Arbeitsverhältnisse —; es kann ferner sein, daß verschieden starke vermögensrechtliche Elemente, die ihrem Wesen nach, wollte man sie isolieren, ins Schuldrecht gehören würden, in den personenrechtlichen Beziehungen vorhanden sind.

Diese Verschiedenheiten sind aber nicht wesentlich. Wesentlich ist, daß es sich um Verhältnisse handelt, bei denen die ganze

[1]) Larenz, Vertrag und Unrecht I, S. 15 ff; Westphal, a. a. O.
[2]) Westphal, a. a. O.
[3]) v. Tuhr, BGB., Allgem. Teil, 1910, § 6, III; Enneccerus-Nipperdey, BGB., Allg. Teil, 13. Bearb. 1931, § 71, II.
[4]) vgl. Anm. 3.

Person erfaßt wird.[1]) Das ist der Fall in den konkreten Gemeinschaften, in denen sich die Person in einem bestimmten „von unserer Rechtsordnung mit besonderer rechtlicher Wirkung ausgestattetem Zustand" befinden, der durch die Treuebindung ausgezeichnet ist und aus der sich von vornherein nicht bestimmte Rechte und Pflichten der Beteiligten ergeben.[2])

Diese personenrechtlichen Verhältnisse können einmal durch Geburt entstehen oder aber durch eine besondere Einigung, zu welcher der persönliche Einsatz im Dienste einer völkischen Aufgabe treten muß.

Das alles ist auch beim Arbeitsverhältnis der Fall, es gibt dort kein Vertragsobjekt, sondern es erfolgt eine Einigung über den persönlichen Einsatz, nämlich die Arbeitsleistung im Betrieb,, wobei diese Arbeit die „Lebensäußerung der Gemeinschaft"[3]) ist[4]).

Während nun in der Rechtsprechung das Arbeitsverhältnis zum Teil als gemischt schuld- und personenrechtliches Verhältnis angesehen wird, zum anderen Teil als personenrechtliches, läßt sich an einzelnen Urteilen erkennen, daß in ihnen über die Bezeichnung des Arbeitsverhältnisses als eines personenrechtlichen Verhältnises hinaus dieses auch wirklich als solche behandelt wird. Es ist klar, daß mit der Bezeichnung „personenrechtlich" noch nichts gewonnen ist. Personenrechtlich wird das Arbeitsverhältnis erst dann aufgefaßt, wenn es auch konsequent als Treuebindung durchgeführt wird, wobei Rechte und Pflichten auf dieser Treuebindung beruhen und nicht eine Abmachung, die, wenn sie nicht ausdrücklich abgeschlossen worden ist, erst konstruiert wird, zur Grundlage haben müssen.

Dieser unterschiedlichen Auffassung kommt praktische Bedeutung zu. Das RAG tritt in ständiger Rechtsprechung für die Gleichbehandlung sämtlicher Gefolgschaftsmitglieder ein.[5]) Der

[1]) Vgl. Siebert, Arb. Verh., S. 70 ff, S. 82 ff; ders. Dtsch. R. Wiss. 1936, S. 248 f und in D. Arb. R. 1937, S. 17 u. S. 306; Nikisch, Arb. R. 1938, S. 68.

[2]) Westphal, a. a. O. S. 330; Isele, Familie u. Familienerbe, 1938, S. 46; vgl. auch Nikisch, D. Arb. R. 1938, S. 182 f. Zwar sind danach die einzelnen Pflichten nicht Konkretisierung der Treuepflicht, diese durchdringt aber das ganze Verhältnis.

[3]) Hastler, Dtsch. R. 1938, S. 449.

[4]) Vgl. dazu Siebert, D. Arb. R. 1935, S. 97; ders. Dtsch. Jur. Tag, 1936, S. 196 f; ders. D. Arb. R. 1937, S. 17; siehe auch Weigelt. Arb. R. u. Volkst., 1934, S. 7, der zu Recht darauf hinweist, daß bereits früher bei der Eingliederung des Arbeitsverhältnisses unter die Schuldverhältnisse Schwierigkeiten bestanden. Denecke, D. Arb. R. 1934, S. 219 ff; Potthoff, D Dtsch. Arb. R. 1935, S. 12 f; Hastler, a. a. O. S. 449; Westphal, D. Arb. R. 1938, S. 329 f.

[5]) So RAG in Arb. R. Samml. 32, S. 33; 33, S. 172 (zustimmend Hueck in der Anm. dazu); 35, S. 144; 35, S. 218; ebenso schon LAG in Arb. R. Samml. 27, S. 75; 29, S. 172; 30, S. 50.

Weg, auf dem es zu diesem Grundsatz kommt, führt jedoch nicht immer zum Ziel. Während die meisten Entscheidungen, die sich dazu bekennen, nicht sagen, aus welchen Gründen denn nun die gleiche Behandlung geboten erscheint, verweisen andere auf § 2, Abs. 2 AOG. Aus der darin zum Ausdruck kommenden Treue- und Fürsorgepflicht schließt man auf das Vorhandensein einer vertraglichen Vereinbarung zwischen den Beteiligten. Der im Einzelfall konkretisierte Ausdruck der Treue- und Fürsorgepflicht soll sich nämlich in einer „Rückwirkung auf den schuldrechtlichen Arbeitsvertrag" zeigen; damit soll die sich so äußernde Treue- und Fürsorgepflicht des Unternehmers, etwa Pensionszahlungen zu leisten, zum „rechtsnotwendigen Inhalt des Arbeitsvertrages" werden.[1])

Daneben wird noch die Möglichkeit gegeben, solche Ansprüche auf stillschweigende Vereinbarungen zu stützen. Hueck, der besonders hierfür eintritt, zeigt in der Anmerkung zu dem Urteil des RAG in Arb. R. Samml. 33, S. 172 ff, daß auch das RAG den Standpunkt vertritt, daß sich die konkretisierten Pflichten der Treue- und Fürsorgepflicht, etwa die Pflicht zur Pensionszahlung „in Wahrheit immer aus einer stillschweigenden Vereinbarung ergäben."

Wieso soll hier nun immer von einer Vereinbarung die Rede sein können? Eine Vereinbarung kommt in jedem Falle, also auch, wenn sie stillschweigend abgeschlossen worden ist, nur dann zustande, wenn auf beiden Seiten der entsprechende Wille ersichtlich wird. Daraus, daß sich nach unserem Recht aus der Treue- und Fürsorgepflicht des Unternehmers die Pflicht ergibt, die Gefolgschaftsmitglieder unter den gleichen Umständen auch gleich zu behandeln, läßt sich nicht dessen Wille ableiten, eine entsprechende Vereinbarung zu treffen. Die Situation wird besonders klar, wenn der Unternehmer z. B. einem Gefolgschaftsmitglied aus persönlichen Gründen keinen Pensionsanspruch zuerkennen will. Bedeutet es schon ganz allgemein eine künstliche Konstruktion, Pflichten, die sich aus der Treue- und Fürsorgepflicht ergeben, unter allen Umständen als solche vertraglicher Art ansehen zu wollen, so ist es in diesem Falle unmöglich, zu sagen, daß der Unternehmer trotz seines erkennbar anderen Willens mit dem Gefolgschaftsmitglied, das er gerade ausschließen wollte, eine Vereinbarung — auch eine stillschweigende — getroffen hätte.

Es zeigt sich also, daß Hueck in der bereits angeführten Anmerkung zu der Entscheidung des RAG in Arb. R. Samml. 33, S. 181 im einzelnen Falle wohl recht haben mag, wenn er erklärt, daß es sachlich ohne Bedeutung sei, wie man derartige Ansprüche begründet, daß aber doch ein grundsätzlicher Unterschied zwischen den Gegenmeinungen besteht.

Aus dieser Erkenntnis heraus werden Ansprüche auch mehr und mehr auf § 2 AOG als dem gesetzlichen Ausdruck der dem Arbeitsverhältnis wesentlichen Treue- und Fürsorgepflicht begründet. Nachdem das Arbeitsgericht Gelsenkirchen[2]) zu Anfang 1936 in diesem Sinne entschieden hat, sind mehrere Entscheidungen

[1]) RAG in Arb. R. Samml. 33, S. 172 ff.
[2]) Arb. G. Gelsenkirchen in Arb. R. Samml. 27, S. 93.

ergangen, die konsequent die personenrechtliche Auffassung vertreten.[1])

3. Auch der Akademieentwurf über das Arbeitsverhältnis bezeichnet dieses als Gemeinschaftsverhältnis.[2]) Da aber gezeigt wurde, in welch verschiedenen Variationen dieser Begriff verstanden wird, ist zu untersuchen, wie er im Entwurf aufgefaßt ist und ob er mit den entwickelten Gedankengängen über das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis übereinstimmt. Außer der positiven Regelung des § 1 über die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses als eines Gemeinschaftsverhältnisses bringt der Entwurf die in ihm vertretene Auffassung auch noch dadurch zum Ausdruck, daß er in § 4 Abs. 2 die Vorschriften des BGB über den Dienstvertrag für unanwendbar erklärt. Die sonstigen Vorschriften des BGB sollen dagegen insoweit gelten, als sich nicht aus dem Gesetz über das Arbeitsverhältnis oder aus dem Wesen der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft etwas anderes ergibt.

Das Wort „personenrechtlich" bringt der Entwurf überhaupt nicht; das geschieht erst in der Begründung.[3]) Daß das Arbeitsverhältnis des Entwurfs aber als personenrechtliches Verhältnis aufgefaßt werden soll, ergibt sich aus der Ausschließung des Dienstvertrages des BGB, das schuldrechtlich geregelt ist; denn mit der Frage über den Ausschluß des Dienstvertragsrechtes für das Arbeitsverhältnis ist die Frage identisch, ob dieses schuldrechtlich oder personenrechtlich aufgefaßt werden soll.

Sodann kommt der Persönlichkeitscharakter der Arbeit in § 13 des Entwurfs gut zum Ausdruck. Dort heißt es, daß der Gefolgsmann seine Arbeitspflicht unter Aufwendung aller ihm gegebenen körperlichen und geistige Fähigkeiten zu erfüllen hat. Es wird damit gesagt, daß die Arbeit, die der Gefolgsmann zu leisten hat, mit seiner Persönlichkeit eng verbunden ist.

Weiter ist nach § 15 des Entwurfs Art und Umfang der Arbeitspflicht ein Ausdruck der für das Arbeitsverhältnis wesentlichen Treuepflicht (§ 1 Entwurf.). Dabei ist unter Treuepflicht nicht etwa das Prinzip von Treu und Glauben zu verstehen, wie es in den §§ 157 und 242 BGB seinen Ausdruck gefunden hat, sondern die Treue, die dem personenrechtlichen Verhältnis eigen ist. Diese Treuepflicht ist das wesentlichste Merkmal des Arbeitsverhältnisses.[4]) Sie besteht überall dort, wo eine Gemeinschaft vorhanden ist und ist „Ausdruck und notwendige Folge der persönlichen Verbundenheit der Beteiligten.[5]) Da nun das Arbeitsverhältnis Gemeinschaftsverhältnis ist, muß also auch die Treuepflicht im Entwurf besonders zum Ausdruck kommen. Das ist außer in den §§ 1 und 15 besonders in den §§ 19 ff ge-

[1]) So z. B. LAG in Arb. R. Samml. 30, S. 26, S. 46, S. 179; RAG in Arb. R. Samml. 31, S. 101.
[2]) § 1 Entwurf und Begründung, S. 43.
[3]) S. 43.
[4]) Vgl. oben S. 19 ff.
[5]) Nikisch, D. Arb. R. 1938, S. 183.

schehen, wo einzelne Treupflichten aufgezählt werden.[1])

Dieser klaren Einstellung, die auch in den Besprechungen des Entwurfs zum Ausdruck kommt[2]), stehen nun aber verschiedene Stellen des Entwurfs gegenüber, die sich damit nicht decken. So ist in § 18 des Entwurfs die Rede davon, daß der Unternehmer in einem bestimmten Falle statt Erfüllung oder Schadenersatzes eine Entschädigung ohne Schadensnachweis verlangen kann. Daraus geht hervor, daß sonst der Gefolgsmann nach der Auffassung des Entwurfes seine Arbeit als „Erfüllung" leistet. Die Erfüllung ist aber ein schuldrechtliches Institut (§ 362 ff BGB). Es wird darunter „die Tilgung der Schuld durch Bewirkung der geschuldeten Leistung" verstanden[3]). Demgegenüber wurde aber gerade gezeigt, daß die Arbeit nicht Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann, da sie ja nach unserer Anschauung Entfaltung der Persönlichkeit ist und damit von dieser nicht getrennt werden kann, und zum anderen, daß das Arbeitsverhältnis ein Gemeinschaftsverhältnis ist. Als solches wird es doch gerade vom Entwurf in Gegensatz zum Schuldrecht gestellt.[4]) Es kann sein, daß man dabei nicht an die schuldrechtliche Erfüllung gedacht hat, sondern an die Erfüllung der dem Gefolgsmann aus dem Arbeitsverhältnis obliegenden Arbeitspflicht (§ 13 Entwurf). Dann aber ist es irreführend, die Bezeichnung eines rein schuldrechtlichen Institutes auf das Gemeinschaftsrecht anzuwenden. Bei der Leistung der Arbeit handelt es sich nicht um Erfüllung eines Versprechens, sondern um die Pflicht des Gefolgsmannes, die sich aus dem Gemeinschaftsverhältnis ergibt.

Ebenso scheint es, daß in den §§ 32 und 33 des Entwurfs der Gedanke des gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrages zu sehr anklingt; dort ist von dem Lohn im Sinne der Gegenleistung für die Arbeit die Rede.

Ganz besonders treten aber schuldrechtliche Gedankengänge im § 36 des Entwurfs hervor[5]) Dort wird davon gesprochen, daß die Arbeit infolge „Verschuldens des Unternehmers" nicht geleistet wird oder daß der Unternehmer „mit der Annahme der

---

[1]) Die Streitfrage, ob die Treuepflicht die allumfassende Pflicht des Arbeitsverhältnisses ist oder ob sie eine Pflicht neben anderen dargestellt, braucht hier nicht erörtert zu werden. Soviel steht fest, daß die Treuepflicht derart umfassend ist, daß sich einzelne daraus ergebende Pflichten nicht erschöpfend aufzählen lassen (Siebert, Arb. Verh. S. 15; Nikisch, D. Arb. R. 1938, S. 183).

[2]) So Richter, Soz. Prax. 1938, S. 772; Nikisch, D. Arb. R. 1938, S. 182 ff; Rhode, Dtsch. R. 1938, S. 443 ff. Hueck, Ak. Z. 1938, S. 298 ff; ders. D. Arb. R. 1938, S. 180 ff; Herschel, Soz. Arb. 1938, Heft 20—23.

[3]) Enneccerus-Lehmann, BGB II 12. Bearb. 1932, § 60 I S. 223; Larenz, Vertrag u. Unrecht I, S. 144 f.

[4]) Vgl. Begründung S. 43.

[5]) siehe auch Nikisch, D. Arb. R. 1938, R. 1938, S 186; Rhode, Dtsch. R. 1938, S. 446.

Arbeit in Verzug kommt". Auch hier kommt wieder die schuldrechtliche Anschauung von Leistung und Gegenleistung zum Ausdruck. „336 Abs. 1 des Entwurfs wiederholt im Grunde nur die BGB"[1]). „Der Begriff des Annahmeverzugs paßt schon dem Wortlaut nach nur für schuldrechtliche Lieferungsverhältnisse, nicht für die personenrechtliche Pflicht zur Arbeitsleistung in einer Arbeitsgemeinschaft".[2])

IV. Die Bedeutung der Betriebsgemeinschaft für das Arbeitsverhältnis.

Bis jetzt wurden Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis isoliert für sich dargestellt. Das geschah jedoch nicht, weil beide Gemeinschaften etwa von einander unabhängig wären. Das Wesen des Arbeitsverhältnisses ist vielmehr solange nicht geklärt, wie es nicht in seiner Beziehung zur Betriebsgemeinschaft gesehen wird, denn die Betriebsgemeinschaft als Teil der Volksgemeinschaft ist — darüber herrscht Einigkeit — Ausgangspunkt des ganzen Arbeitsrechts[3]). Insbesondere für die Begründung des Arbeitsverhältnisses ist es von Bedeutung, in welcher Beziehung man Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis zueinander sieht. Die gesetzliche Grundlage dafür ergibt sich aus der Regelung der Betriebsgemeinschaft durch das AOG, das als Grundgesetz unserer Sozialverfassung Ausgangspunkt und Richtlinie für alle Gebiete des Arbeitsrechts ist, also auch für die Regelung des Arbeitsverhältnisses. Daß beide Gemeinschaftsverhältnisse zueinander in Beziehung gebracht werden, ist ferner auch deswegen berechtigt, weil die meisten Arbeitsverhältnisse im Rahmen von Betriebsgemeinschaften bestehen.

Daß Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis zueinander in Beziehung stehen, ist heute klar und wird auch allgemein anerkannt.[4]) In welchem Maße und in welcher Weise dieser Einfluß vorhanden ist, darüber herrscht aber nach wie vor Streit.

Nun ist gesagt worden, die verschiedenen im Schrifttum benutzten Bezeichnungen für dieses Verhältnis seien nur Bilder, so etwa, daß das Arbeitsverhältnis „Gliedschaftsverhältnis" sei oder „Teilhabe an der Betriebsgemeinschaft" oder daß sich Arbeitsverhältnis und Gliedschaftsstellung „gegenseitig durchdringen", oder daß das Arbeitsverhältnis in die Betriebsgemeinschaft „eingebettet sei" oder endlich, daß das Arbeitsverhältnis an der Betriebsgemeinschaft" auszurichten sei.[5]) Diese verschiedenen Bilder, so

---

[1]) Nikisch a. a. O.

[2]) Siebert, Das dtsch. Arb. R., B. 33, Vorbem. S. 57.

[3]) Hueck-N.-D., 3. Aufl. § 1, Anm. 2; Siebert, Arb. Verh. S. 53.

[4]) Vgl. außer den oben Anm. 3) genannten noch Nikisch, Arb. R. 1938, S. 68; Siebert, D. Arb. R. 1937, S. 15 f; Rhode, Ak. Z. 1936, S. 37 ff; vgl. z. B. auch RAG in Arb. R. Samml. 33, S. 172; demgegenüber aber z. B. LAG in Arb. R. Samml. 28, S. 142.

[5]) Hueck, Festschr. f. Hedemann, 1938, S. 315.

heißt es weiter, brauchten noch keinen sachlichen Gegensatz zu bedeuten.

Darunter verbergen sich aber doch wesentliche sachliche Unterschiede. Das wird in der folgenden Darstellung zum Ausdruck kommen. Schon der Ausgangspunkt in der Behandlung der Beziehung von Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis ist im Schrifttum nicht überall der gleiche. Es gibt ja auch zwei Möglichkeiten, eine Klärung herbeizuführen. Einmal kann man als Grundlage für eine Erörterung des Problems das Arbeitsverhältnis für sich betrachten und dann eine Verbindung zur Betriebsgemeinschaft suchen. Andererseits kann man aber auch in der Betriebsgemeinschaft den Ausgangspunkt sehen und von da aus das Einzelarbeitsverhältnis bestimmen.

1. Diejenigen, die den ersteren Weg gehen[1]), kommen dazu, weil es Arbeitsverhältnisse ohne Betriebsgemeinschaften gibt. Aus diesem Grunde, so wird gefolgert, ist das einzelne Arbeitsverhältnis der Betriebsgemeinschaft gegenüber auch vollkommen selbständig. Zwar wird eine gegenseitige Beeinflussung anerkannt, aber rechtlich soll das Arbeitsverhältnis für sich selbständig sein, denn so sagt man, das Arbeitsverhältnis ohne Betriebsgemeinschaft sei ja rechtlich genau dasselbe wie dasjenige innerhalb eines Betriebes. Diese Einstellung wird allerdings nicht immer so klar geäußert. Während man anfangs nach Inkrafttreten des AOG beide Verhältnisse noch scharf einander gegenüberstellte, brachte man Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschaft im Laufe der Jahre in ein immer näheres Verhältnis zueinander.[2]) So wird jetzt erklärt, das Arbeitsverhältnis sei in die Betriebsgemeinschaft „eingebettet" oder es bestände zwischen beiden eine „enge Wechselwirkung" oder eine „gegenseitige Durchdringung" oder es heißt, daß sich „das Arbeitsverhältnis in der Betriebsgemeinschaft verwirkliche".[3])

Trotz dieser Ausdrücke bleiben aber alle diese Schriftsteller auf dem Nebeneinander der beiden Verhältnisse bestehen.[4]) Das Arbeitsverhältnis als die kleinere, engere Gemeinschaft besteht zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Gefolgsmann, wäh-

---

[1]) So besonders Mansfeld, D. Arb. R. 1936, S. 125; Nipperdey, D. Arb. R. 1937, S. 143; Nikisch, Arb. R. 1938, S. 68; ders. in Festschr. f. Lehm. S. 289 f; Staudinger, BGB 10. Aufl. Vorbem. 304a zu § 611; Hueck-N-D., 3. Aufl. § 1, Anm. 3a; Hueck, Dtsch. Arb. R., S. 65 ff; v. Besser, Diss. Göttingen 1937, S. 12 ff; vgl. hierzu auch Siebert, D. Arb. R. 1937, S. 17 und in „10 Jahre Arb. Ger.," S. 57.

[2]) Über diese Entwicklung siehe Siebert, D. Arb. R. 1937 S. 16.

[3]) Nikisch, Festschr. f. Lehm. S. 292 (eingebettet, eingegliedert, Wechselwirkung); Hueck, Dtsch. Arb. R., S. 66; Hueck-N.-D., 3. Aufl., § 1, Anm. 18a ff Verwirklichung in der Betr. Gem.); Drössel, Diss. Köln, 1938, S. 36 u. S. 46.

[4]) Siebert. D. Arb. R. 1937, S. 16. Daran hat sich seitdem nicht geändert.

rend die daneben bestehende Betriebsgemeinschaft sich aus dem Führer des Betriebes und der Gefolgschaft zusammensetzt.

2. Dem steht die besonders von Siebert vertretene Auffassung gegenüber, die das Arbeitsverhältnis nicht als isolierte Beziehung zwischen Unternehmer und Gefolgsmann sieht, sondern als eine Beziehung innerhalb der Betriebsgemeinschaft.[1])

Nach dieser Lehre wird die Trennung zwischen Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis abgelehnt. Eine solche Trennung bewirkt zwar nicht notwendig eine Unterscheidung von Sozialrecht und Individualrecht. Das zeigt die Lehre von Nikisch, der, obwohl er Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis getrennt sieht, dieses doch als Gemeinschaftsverhältnis behandelt.[2]) Trotzdem kann man aber m. E. die Unterscheidung zwischen den beiden genannten Rechtsverhältnissen nicht aufrecht erhalten. Statt einer Trennung in eine sozialrechtliche und eine individualrechtliche Sphäre würde dann eine anders geartete sphärenmäßige Unterscheidung vorhanden sein, diejenige zwischen den beiden Gemeinschaften. Zwischen diesen beiden selbständigen Sphären müßte ein Ausgleich gesucht werden. Es würde dabei immer festzustellen sein, ob die einzelnen Pflichten und Rechte der Beteiligten sich nun aus dieser oder jener Gemeinschaft ergeben. Bleibt man also bei dem Nebeneinander, so bleibt notwendig auch eine sphärenmäßige Trennung bestehen, die auch nicht dadurch restlos überbrückt werden kann, daß man das Arbeitsverhältnis in die Betriebsgemeinschaft „einbettet" und damit eine Wechselwirkung zwischen beiden herstellt.[3])

Dieses Nebeneinander der kleineren und der größeren Gemeinschaft kann m. E. auch nicht mit dem Argument begründet werden, daß dem Gemeinschaftsdenken die Vorstellung einer Vielzahl von Gemeinschaften, von denen die weiteren die engeren umschließen, geläufig sei.[4]) Die Tatsache ist zwar nicht zu leugnen und wurde auch oben (S. 7 ff) dargelegt. Aber es besteht doch ein Unterschied in dem Verhältnis etwa von Familie und Volksgemeinschaft einerseits und Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschaft andererseits. Die Familie ist eine selbständige Zelle innerhalb der Volksgemeinschaft. Das Arbeitsverhältnis wird dagegen nicht bloß von der Betriebsgemeinschaft umfaßt, die Beziehung zwischen beiden ist viel intensiver. Das Arbeitsverhältnis bezeichnet nämlich die Stellung des in die Betriebsgemeinschaft eintretenden Gefolgsmannes in dieser Gemeinschaft.[5])

---

[1]) Siebert, Arb. Verh. S. 46; ders. Dtsch. R. 1935, S. 481 ff und das dort genannte Schrifttum; ders. D. Arb. R. 1937, S. 16 und besonders in „10 Jahre Arb. Ger." S. 57 ff; ähnlich Rhode, Ak. Z. 1936, S. 371 u. Ak Z. 1937, S. 205; Huber, J. W. 1937, S. 1119 ff; Herschel, Soz. Prax. 1936, S. 523 ff.

[2]) Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 290; vgl. demgegenüber Siebert, Arb. Verh. S. 64.

[3]) Vgl. dazu Siebert, D. Arb. R. 1937, S. 16.

[4]) Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 292.

[5]) Herschel, Soz. Arb. 1938, Heft 20.

Die Tatsache, daß nun auch Arbeitsverhältnisse außerhalb der Betriebsgemeinschaft vorkommen, vermag dieses Ergebnis nicht zu ändern.[1]) Siebert hat zu Recht darauf hingewiesen, daß die Fälle des isolierten Arbeitsverhältnisses verhältnismäßig selten sind und daß sie als Ausnahmen zu werten sind, die sehr oft nahe an der Grenze zu den schuldrechtlichen Dienstverträgen liegen.[2]) Die unbestritten überwiegende Anzahl der Arbeitsverhältnisse verwirklicht sich im Betriebe. Dem hat auch der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er in dem Grundgesetz des Arbeitsrechts, dem AOG, die Arbeitsverfassung im Betriebe regelt und dabei in der Betriebsgemeinschaft die Grundlage des Arbeitsrechts sieht.

Das eigentliche Problem Betriebsgemeinschaft — Arbeitsverhältnis liegt aber tiefer. Es hängt zusammen mit der Frage, zwischen welchen Personen das Betriebsgemeinschaftsverhältnis besteht und wer die Partner des Arbeitsverhältnisses sind. Damit hängt die Frage eng zusammen, wie § 2 AOG auf die beiden Verhältnisse einwirkt.[3]) Unbestritten ist, daß die Betriebsgemeinschaft aus dem Führer des Betriebes und der Gefolgschaft, also aus sämtlichen Beschäftigten besteht.[4]).

Demgegenüber läßt sich m. E. darüber streiten, ob der Unternehmer oder der Führer des Betriebes der wirklich entscheidende Beteiligte am Arbeitsverhältnis ist und damit zusammenhängend, welche Bedeutung § 2 AOG für dieses Verhältnis hat. Die Bedeutung des § 2 AOG ist allgemein umstritten.[5]) Sieht man den Unternehmer als Partner des Arbeitsverhältnisses an, so kann man darin einen Grund für die Trennung der beiden Gemeinschaften sehen. Sieht man aber in dem Führer des Betriebes den Partner des Arbeitsverhältnisses, dann fällt dieser Grund weg. Praktisch ist diese Unterscheidung im allgemeinen allerdings ohne Bedeutung. Da meistens Betriebsführer und Unternehmer identisch sind, nehmen sie auch den gesamten ihnen so zufallenden Aufgabenkreis wahr. Anders ist es dagegen in den Fällen des § 3 AOG, wo Unternehmer und Betriebsführer verschiedene Personen sind. Hier soll nach der Ansicht, die in dem Unternehmer den Partner des Arbeitsverhältnisses sieht, das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschäftigten und dem Unternehmer bestehen, während der Beschäftigte gleichzeitig durch Begründung des Arbeitsverhältnisses in die Betriebsgemeinschaft eintreten soll, also in Beziehung zu den übrigen Beschäftigten und dem Führer des Betriebes treten soll. Diesen Fall überträgt man nun auch auf diejenigen Verhältnisse, bei denen der Unternehmer Betriebsführer ist. Es wird dann zwischen den verschiedenen Funktionen unterschieden.

---

[1]) a. M. bes. Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 289 f.

[2]) Siebert, D. Arb. R. 1937, S. 17.

[3]) Über die Entwicklung des Problems bis 1935 siehe Siebert, Arb. Verh. S. 42 ff; ferner Siebert, D. Arb. R. 1937, S. 16 f.

[4]) Hueck-N.-D., 3. Aufl., § 1, Anm. 8.

[5]) Vgl. dazu Siebert, Arb. Verh. S. 64; ders. D. Arb. R. 1937, S. 18; Hueck-N-D., 3. Aufl., § 1, Anm. 3a; Staudinger, BGB, 10. Aufl. Vorbem. 5 zu § 611; Kinkel, S. 14 ff u. S. 60 f.

Es ist zu betonen, daß dabei das Arbeitsverhältnis unabhängig von der hier erörterten Streitfrage als personenrechtliches Verhältnis angesehen wird, für das auch § 2 unmittelbar Geltung haben soll. Diese Auffassung ist heute in Schrifttum und Rechtsprechung weitgehend anerkannt.[1]) Das bedeutet aber, daß zwischen den Partnern eine besondere persönliche Verbundenheit besteht, nach § 1 des Entwurfs ein auf „Ehre, Treue und Fürsorge gegründetes Gemeinschaftsverhältnis."

Das soll nun konsequent für alle Fälle gelten, auch für die, in denen Unternehmer und Führer des Betriebes verschiedene Personen sind. Diese Auffassung muß aber zu einem unmöglichen Ergebnis führen. Man denke etwa an den Fall des § 3, Abs. 3 AOG, daß dem Unternehmer gemäß § 38 AOG die Betriebsführereigenschaft rechtskräftig aberkannt ist, z. B. wegen asozialer Gesinnung. Wenn man hier dem „anderen" Führer auch vielfach eine „gesetzliche Vertretungsmacht" zubilligt, so läßt man doch dem Unternehmer das Recht, Arbeitsverträge abzuschließen.[2]) Da diese Verträge aber unmittelbar das Arbeitsverhältnis begründen sollen,[3]) müßte demnach zwischen dem Unternehmer, dessen asoziale Gesinnung zur Aberkennung der Betriebsführereigenschaft geführt hat, und dem Beschäftigten eine Gemeinschaft entstanden sein. Dieses Ergebnis läßt sich in der Tat nicht rechtfertigen. Es würde bedeuten, daß der Unternehmer zu jedem einzelnen Beschäftigten in Gemeinschaft stünde, nur nicht mit der Gefolgschaft als solcher die Betriebsgemeinschaft bilden könnte.

Noch unmöglicher würde das Ergebnis aber sein, wenn der Unternehmer etwa Jude und als solcher gemäß § 2 der VO zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben vom 12. November 1938 (RGBl. I, S. 1580) unfähig ist, Führer des Betriebes zu sein. Es ist doch wesensmäßig ausgeschlossen, daß der Jude nun Partner des einzelnen Arbeitsverhältnisses geblieben sein sollte und damit mit den einzelnen Beschäftigten in einer Gemeinschaft stehen könnte. Daran ändert auch nichts der Einwand, daß der Führer des Betriebes ja doch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses alle wichtigen Entscheidungen zu treffen habe.[4]) Entweder es besteht ein Gemeinschaftsverhältnis oder nicht. Wie verträgt sich darüber hinaus dieses Ergebnis mit dem Wortlaut des § 2, Abs. 2 AOG, der ja, wie ausgeführt wurde, für das einzelne Arbeitsverhältnis unmittelbare Geltung haben soll?[5]) § 2, Abs. 2 AOG lautet: „Er (der Führer des Betriebes) hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen." ... Die Aberkennung der Be-

[1]) s. Hueck-N.-D., 3. Aufl. § 2, Anm. 16a und das dort angegebene Schrifttum und die Rechtsprechung; Staudinger, BGB, 10. Aufl. Vorb. 26, zu § 611.

[2]) Hueck-N.-D., 3. Aufl. § 3, Anm. 30; Rhode, D. Arb. R. 1935, S. 156; Reuß, D. Arb. R., 1935, S. 222; Roeder, D. J. 1938; S. 456 ff.

[3]) Hueck-N.-D., 3. Aufl. § 1, Anm. 17.

[4]) Rhode, D. Arb. R. 1935, S. 156.

[5]) vgl. Hueck-N.-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 15.

fähigung, Führer des Betriebes sein zu können, nimmt dem Unternehmer aber gerade seine Führerstellung, sie nimmt ihm die sozialpolitische Leitung des Betriebes[1]). Nach § 38 AOG sollen gerade die §§ 1—3 AOG auf ihn keine Anwendung mehr finden. Und weiter: „Diese (die Gefolgschaft) hat ihm (dem Führer des Betriebes) die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten." Während also die Gefolgschaft, nämlich die einzelnen Gefolgschaftsmitglieder dem Betriebsführer die Treue halten sollen, soll daneben noch die Treuebindung das einzelnen zu dem Unternehmer vorhanden sein, der aber in den genannten Fällen gerade außerhalb der Gemeinschaft steht.

Es zeigt sich hier also ein Dualismus zwischen zwei Gemeinschaften, der, konsequent durchgeführt, zu Unmöglichkeiten führen muß. Man wird daher dem Verhältnis Betriebsgemeinschaft — Arbeitsverhältnis nur gerecht, wenn man diese dualistische Auffassung überwindet. Das ist nur möglich, wenn zwischen beiden eine „wesensmäßige Identität" besteht.[2]) Es kann doch nur so sein, daß man für die angeführten Beispiele entweder Ausnahmen macht und sagt, daß das zwischen Unternehmer und Gefolgsmann bestehende Verhältnis in diesen Fällen keine personenrechtliche Gemeinschaft darstellt oder aber, daß das Arbeitsverhältnis zwischen dem Führer des Betriebes und dem Gefolgsmann besteht. Die erste Möglichkeit ist m. E. nicht durchführbar. Das würde bedeuten, daß man von dem Grundsatz, daß Arbeitsverhältnisse personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnisse sind, Ausnahmen machen, müßte. Es geht aber nicht, daß das Arbeitsverhältnis in einem Falle ein Gemeinschaftsverhältnis darstellt und im anderen Falle nicht. Was sollte sonst vorliegen? Etwa ein Vertragsverhältnis?

Sieht man also in dem Arbeitsverhältnis ein Gemeinschaftsverhältnis, so muß man m. E. damit zu dem Schluß kommen, daß der Beteiligte am einzelnen Arbeitsverhältnis nur der Führer des Betriebes sein kann.

Damit kann man wieder zu dem vom AOG als Grundlage der Arbeitsverfassung im Betriebe dargestellten Zustand zurückkehren,[3]) daß der Unternehmer auch Betriebsführer ist. Wenn man dabei überhaupt zwischen den Funktionen des Betriebsführers und denen des Unternehmers unterscheiden will,[4]) so gehören m. E. diejenigen, die dem Partner des Arbeitsverhältnisses obliegen, zu denen des Betriebsführers.

Dann erst kann man m. E. den § 2, Abs. 2 AOG auch auf das einzelne Arbeitsverhältnis unmittelbar anwenden.

---

[1]) Hueck-N-D., 3. Aufl., § 38, Anm. 14.
[2]) Siebert, in Festgabe „10 Jahre Arb. Ger.", S. 58 f.
[3]) Siebert, Arb. Verh. S. 57; Mansfeld-Poh[1] S. 70, 76 ff.
[4]) Die Erörterung dieser Frage kann hier außer Betracht bleiben. Vgl. dazu etwa Kinkel, S. 47 ff; Siebert, N. S. Soz. Pol. 1939, S. 88 ff.

Nun ist aber nicht einzusehen, weshalb zwischen dem Führer des Betriebes und dem Gefolgschaftsmitglied zwei verschiedene, von einander getrennte Beziehungen vorhanden sein sollen: Einmal diejenige des Arbeitsverhältnisses, zum anderen diejenige auf Grund der Betriebsgemeinschaft. Der eigentliche Grund, eine solche Unterscheidung aufrecht zu erhalten, ist weggefallen. Dieser Grund bestand früher darin, daß man das Betriebszugehörigkeitsverhältnis als „faktisches Verhältnis" ansah, während man den Vertrag als die rechtliche Beziehung bezeichnete.[1]) Demgegenüber ist aber heute allgemein anerkannt, daß die Betriebsgemeinschaft eine rechtliche Gemeinschaft ist (oben S. 10 ff). Damit ist die Zugehörigkeit zu ihr kein faktisches Verhältnis mehr, sondern ein rechtliches und kann insoweit also nicht mehr in Gegensatz zum Arbeitsverhältnis gebracht werden.[2])

Es steht damit nichts im Wege, eine innere wesensmäßige Identität zwischen Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis anzuerkennen. So kommt man erst, indem man das Nebeneinander verschiedener Beziehungen ablehnt, zu einer auch praktisch durchgeführten vollkommenen Betriebsgemeinschaft.[3]) Innerhalb dieser Gemeinschaft können wir nicht verschiedene nebeneinander bestehende Sphären unterscheiden, sondern müssen bei jeder rechtlichen Regelung die Gemeinschaft selbst zur Grundlage nehmen.[4])

Nun ist dagegen gesagt worden, daß es das Arbeitsverhältnis nur mit den Beziehungen zwischen zwei Personen zu tun hat, während in der Betriebsgemeinschaft auch Beziehungen zu den anderen Gefolgschaftsmitgliedern vorhanden sind.[5]) Dagegen ist einzuwenden, daß die Beziehungen zwischen den Gefolgschaftsmitgliedern grundsätzlich von vornherein festliegen. Sie ergeben sich aus dem Wesen der Gemeinschaft. Wer darin eintritt, findet eine konkrete Ordnung vor, die er nicht abändern kann. Aus dieser Ordnung entspringen die Beziehungen der einzelnen zueinander. Dagegen können die Beziehungen zu dem Führer des Betriebes ausgestaltet werden. Sie richten sich insbesondere nach der Leistung des einzelnen und kennzeichnen aber auch insofern dessen Stellung in der Betriebsgemeinschaft. Diese im Arbeitsverhältnis geregelten Beziehungen zum Betriebsführer wirken sich also auch auf die anderen Mitglieder der Gemeinschaft aus. Wird also z. B. jemand als Oberingenieur eingestellt, so ergeben sich daraus andere Beziehungen zu den Mitgliedern der Gemeinschaft als wenn er etwa als Hilfsarbeiter eingestellt wird.

Es ist daher als Ergebnis festzuhalten, daß man das Arbeitsverhältnis nicht isoliert betrachten kann, daß man es vielmehr als personenrechtliche Gliedstellung des Gefolgsmannes in der Be-

[1]) Vgl. Siebert, Arb. Verh. S. 60.

[2]) So schon Siebert, Arb. Verh. S. 60 ff.

[3]) Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 16; ders. D. Dtsch. Arb. R. Einl. II.

[4]) Vgl. dazu Siebert, Arb. Verh. S. 89; ders. J. W. 1937, S. 1108; Soz. Prax. 1938, S. 711; Merkel, D. Jur. Z. 1936, S. 229.

[5]) Hueck-N-D., 3. Aufl., § 1, Anm. 3a.

triebsgemeinschaft sehen muß und daß in dem Falle, in dem keine Betriebsgemeinschaft vorhanden ist, das Arbeitsverhältnis genau so als Arbeitsgemeinschaft zu werten ist, da die Arbeitsgemeinschaft als solche der Betriebsgemeinschaft wesensmäßig gleichartig ist.

Bei der in diesem Zusammenhang auftauchenden praktisch wichtigen Frage, gegen wen sich nun Ansprüche des Gefolgsmannes aus dem Arbeitsverhältnis richten, hat man davon auszugehen, daß Eigentümer der Betriebsmittel auch nach der dargelegten Auffassung natürlich der Unternehmer bleibt, daß er also auch durch Ansprüche des Gefolgsmannes wirtschaftlich betroffen wird. Da er danach aber nicht als Partner des Arbeitsverhältnisses auftritt, kann er m. E. auch nicht als Partner bei einem Rechtsstreit aus dem Arbeitsverhältnis handelnd auftreten. Seine Interessen müssen vielmehr durch den Führer des Betriebes wahrgenommen werden. Man kann dabei vielleicht an das Rechtsinstitut der Treuhand denken, wie es z. B. auch im Erbhofrecht in den §§ 77 ff der Erbhofverfahrens-Ordnung zum Ausdruck kommt. Auch dort ist der Fall gegeben, daß der Inhaber des Betriebes sein Eigentum daran behält, daß ihm auch die Nutzungen daraus zufallen. Aber der Treuhänder handelt selbständig im eigenen Namen. Er geht Verpflichtungen ein, deren Rechtsfolgen den Eigentümer treffen; er darf allerdings nur im Rahmen seines Auftrages handeln. Rechtsstreitigkeiten führt der Treuhänder mit Wirkung für und gegen den Eigentümer.

Eine entsprechende Stellung hat m. E. der Führer des Betriebes, wenn er zwingend an die Stelle des Unternehmers tritt.[1]) Hinsichtlich einzelner Befugnisse des Betriebsführers kommt man dieser Stellung ja auch bereits nahe, wenn man z. B. anerkennt, daß nur der Betriebsführer das Arbeitsverhältnis begründen kann, daß nur er die Betriebsordnung erlassen kann.

Es erscheint daher berechtigt, den Betriebsführer in den Fällen des § 3 AOG, in denen ein solcher bestellt werden muß, als Treuhänder des Unternehmers anzusehen.[2])

Diese weitgehende Beschränkung des Unternehmers läßt sich auch mit unserem heutigen Eigentumsbegriff in Einklang bringen. Während nach § 903 BGB jeder mit seinem Eigentum nach Belieben verfahren kann, wobei er nur bestimmte Schranken, die im Interesse des Zusammenlebens der einzelnen aufgerichtet sind, beachten muß, gehen wir heute von einem anderen Eigentumsbegriff aus. Das Eigentum ist pflichtgebundenes Recht, das Vermögen ist Treugut der Volksgemeinschaft. Man kann also mit seinem Eigentum nicht nach Belieben verfahren.[3]) Das wird besonders am Erb-

[1]) Außer Betracht bleiben also die Fälle, in denen der Unternehmer einen stellvertretenden Betriebsführer zu seiner Unterstützung bestellt, wo er also selbst Betriebsführer bleibt.

[2]) Auch Siebert spricht vom „arbeitsrechtlichen Treuhänder" (Siebert, D. Dtsch. Arb. R., B. 33 b, I, 5).

[3]) Soergel, BGB, 6. Aufl., § 903 Anm. 1 und das dort genannte Schrifttum.

hofeigentum klar. Bauer kann nur der sein und auch bleiben, der bestimmte Voraussetzungen erfüllt. Fehlen diese, so zieht das unter Umständen den Verlust des Eigentums nach sich.

Da die Erbhofgesetzgebung nun richtungweisende Leitsätze für jedes Eigentum enthält,[1]) kann man diesen Eigentumsbegriff auch auf andere Rechtsgebiete übertragen. Es ergibt sich damit für das Arbeitsverhältnis, daß auch der Unternehmer in seinem Eigentum an den Betriebsmitteln ein pflichtgebundenes Eigentum hat. Diese Pflichten ergeben sich aus seiner Stellung als Unternehmer und als Betriebsführer. Kann er nun seine Stellung als Betriebsführer nicht ausüben, dann muß dem bestellten Betriebsführer weitgehendst diese Stellung eingeräumt werden. Wenn das Gesetz in diesen Fällen nicht so weit gegangen ist wie das Erbhofgesetz, wenn es also dem Unternehmer das Eigentum gelassen hat, dann muß aber doch die genannte Folgerung gezogen werden, weil sich aus unserem Eigentumsbegriff die Tendenz ergibt, daß derjenige, der seine Pflichten aus dem Eigentum nicht erfüllen kann, weitgehend ausgeschaltet wird. Es genügt also nicht, wenn man dem bestellten Betriebsführer nur einzelne Funktionen zuweist.

3. In welcher Weise hat nun der Entwurf des Arbeitsverhältnisgesetzes diese Frage geregelt? Es wurde gezeigt,[2]) daß der Entwurf Regeln über die Betriebsgemeinschaft nicht aufgestellt hat, daß nach ihm dafür vielmehr nur das AOG maßgebend sein soll. Ferner ist dargelegt worden,[3]) daß der Entwurf, trotzdem er schuldrechtlich anklingende Bestimmungen enthält, das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis auffaßt. Nach dem hier vertretenen Standpunkt müßte nun irgendwie zum Ausdruck kommen, daß das Arbeitsverhältnis die Gliedstellung des einzelnen Gefolgsmannes in der Betriebsgemeinschaft darstellt. Das läßt sich jedoch nicht erkennen, obwohl am Anfang des Entwurfes die Grundgedanken ausdrücklich angegeben sind, die das „Gesetz und damit das Arbeitsverhältnis beherrschen sollen".[4]) § 5 des Entwurfs enthält die Bestimmung, daß Unternehmer und Gefolgsmann an die Grundgedanken der Arbeits- und Betriebsgemeinschaft gebunden sind. Das ist aber nach der Begründung[5]) nur so gemeint, daß die Betriebsgemeinschaft eine Rechtsquelle und ein „Bestimmungsgrund" für das Arbeitsverhältnis sein soll. Die Grundsätze der Arbeitsverfassung, die im AOG festgelegt sind, sollen eben für die Auslegung der Bestimmungen des Entwurfes maßgebend sein.[6]) Damit ist der Standpunkt des Entwurfes gekennzeichnet. Es ist derjenige, der hier abgelehnt wurde, denn auch der Entwurf geht vom isolierten Arbeitsverhältnis aus und sieht eine Verbindung zur Betriebsgemeinschaft lediglich darin, daß die Regeln darüber im Wege der Auslegung Anwendung finden sollen. Daher ist auch die Kritik Herschels[7]) berechtigt, der

[1]) Soergel a. a. O.
[2]) oben S. 14.
[3]) oben S. 22 ff.
[4]) Begründung, S. 46.
[5]) S. 48.
[6]) Begründung, S. 46.
[7]) Soz. Arb. 1938, Heft 20.

sagt, daß die Auffassung des Entwurfs vom Arbeitsverhältnis, „das in die Betriebsgemeinschaft eingelagert ist", nicht der Wirklichkeit entspricht, daß vielmehr die maßgebende Gemeinschaft die Betriebsgemeinschaft ist, in welcher der einzelne seine besondere Stellung durch das Arbeitsverhältnis erhält. Im Grunde genommen ist eben der Entwurf „vollkommen auf die beteiligten Personen abgestellt", und geht über die Bedeutung des Betriebes — womit offenbar die Betriebsgemeinschaft gemeint ist — hinweg.[1])

[1]) Soz. Prax. 1938, S. 1511; ähnlich auch Hastler, Dtsch R., S. 449 f.

B. Die Begründung des Arbeitsverhältnisses.

I. Zur Begründung des Arbeitsverhältnisses als Betriebszugehörigkeitsverhältnis ist nur ein Begründungsvorgang erforderlich.

Wenn nun im folgenden die Begründung des Arbeitsverhältnisses zu erörtern ist, so ist davon auszugehen, daß nach der hier vertretenen Ansicht die Begründung des Arbeitsverhältnisses auch das Zugehörigkeitsverhältnis zur Betriebsgemeinschaft entstehen läßt. Es können also zumindest grundsätzlich nicht zwei zeitlich und wesensmäßig von einander verschiedene Begründungsvorgänge unterschieden werden, denn da das Arbeitsverhältnis die Stellung des einzelnen Gefolgsmannes in der Betriebsgemeinschaft bezeichnet, muß durch die Begründung des einen automatisch das andere Verhältnis entstehen, wenn man überhaupt noch annehmen will, daß Arbeitsverhältnis und Betriebszugehörigkeitsverhältnis zwei verschiedene Begriffe sind. Die wesentliche Folge aus der Erkenntnis, daß das Arbeitsverhältnis die Gliedstellung des einzelnen Gefolgsmannes in der Betriebsgemeinschaft darstellt, ist aber, daß die Ausdrücke „Arbeitsverhältnis" und „Zugehörigkeitsverhältnis zur Betriebsgemeinschaft" dasselbe besagen. Es kann daher auch nur einen Begründungsvorgang geben.

II. Ist die Begründung möglich durch einen schuldrechtlichen, „geläuterten" Vertrag?

Nun bestehen, was bei den verschiedenen Auffassungen über Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis nicht wunder nimmt, auch hinsichtlich der Begründung des Arbeitsverhältnisses Meinungsverschiedenheiten. Nach der einen Auffassung soll die Begründung durch einen Arbeitsvertrag erfolgen, wobei unter „Arbeitsvertrag" der gegenseitige, gegenüber dem schuldrechtlichen Vertrag allerdings geläuterte Vertrag verstanden wird, bei dem sich Rechte und Pflichten von Unternehmer und Gefolgsmann grundsätzlich aus dem in diesem Vertrag festgelegten Versprechen der beiden Partner auf Erfüllung dieser einzelnen Pflichten herleiten.[1]) Der Inhalt des Arbeitsverhältnisses wird hier also vom Willen der Beteiligten wesentlich beeinflußt.

Auf der anderen Seite wird gelehrt, daß das Arbeitsverhältnis durch einen sozialschöpferischen Akt begründet wird, wobei es nach dieser Lehre nur auf die Begründungswirkung des Vorganges ankommt, während Rechte und Pflichten im Gegensatz zu der ersteren Ansicht aus dem Zugehörigkeitsverhältnis zur Betriebsgemeinschaft entspringen sollen.

Die erstere Ansicht, die ursprünglich besonders von Mansfeld und Nipperdey vertreten wurde, wird auch heute noch in einem

---

[1]) Das ist hervorzuheben, da der Begriff „Arbeitsvertrag" im Schrifttum in verschiedenen Bedeutungen benutzt wird.

Teil des Schrifttums und der Rechtsprechung aufrecht erhalten.[1]) Zwar wird gesagt, der Arbeitsvertrag sei gemeinschaftsbegründend,[2]) da ja anerkannt wird, daß das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis, das Arbeitsverhältnis, durch den Vertrag unmittelbar entsteht. Aber andererseits werden Rechte und Pflichten zumindest zum Teil aus diesem Vertrag hergeleitet. So heißt es z. B. bei Hueck,[3]) daß dem Arbeitsverhältnis auch schuldrechtliche Beziehungen entsprängen, es „entständen für beide Teile eine ganze Reihe von einzelnen Pflichten"; allerdings soll der Arbeitsvertrag sich nicht in der Festsetzung dieser Pflichten erschöpfen. Ebenso heißt es bei Kinkel[4]), daß damit, daß die Urlaubspflicht, die Pflicht zur Lohnzahlung usw. Ausfluß der Treuepflicht als der umfassenden Grundpflicht sein sollen, der Arbeitsvertrag seiner beherrschenden Bedeutung entkleidet würde. Kinkel vermag sich dieser Ansicht, nach der der Vertrag nicht Grundlage beiderseitiger Ansprüche sein soll, nicht anzuschließen.

Besonders deutlich kommt aber diese Ansicht in der Entscheidung des RAG in Arb. R. Samml., 33, S. 172 ff zum Ausdruck. Dort wird auf Seite 175 f gesagt, daß die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses zwar nach der grundsätzlichen Seite von der Betriebsgemeinschaft beeinflußt würde, daß dieses aber dadurch nicht ohne weiteres „mit einem gegenständlich erfaßbaren Inhalt" erfüllt würde. Um das zu erreichen, wird am Arbeitsvertrag festgehalten, der dann als causa besonders für vermögensrechtliche Ansprüche angesehen wird. Aus diesen Gründen kommt das Gericht zu dem Ergebnis, daß das Arbeitsverhältnis „laut feststehender Rechtsprechung des RAG ein Rechtsverhältnis von schuldrechtlichem Entstehungsgrunde" darstelle. An dieser Auffassung hält das RAG auch in seiner Entscheidung in Arb. R. Samml. 36, S. 385 ff, fest.

Ist diese Auffassung nun mit den oben entwickelten Grundsätzen unseres heutigen Rechts, mit dem Gemeinschaftsdenken vereinbar?

Es ist dabei zunächst zu trennen zwischen dem das Arbeitsverhältnis unmittelbar begründenden Arbeitsvertrag und dem Rechtsgeschäft, das hier mit Siebert als Vorvertrag bezeichnet werden soll, wobei darunter das Rechtsgeschäft zu verstehen ist, durch das ein Arbeitsverhältnis erst für die Zukunft begründet werden

---

[1]) Mansfeld, D. Arb. R., 1936, S. 118 ff; Nipperdey, D Arb. R. 1937, S. 142 ff; ferner: Roeder, N. S. Soz. Pol. 1937, S. 339 ff; Oppermann, J. W. 1935, S. 3139; Hueck, D. Arb. R. 1938, S. 180 f; ders. Dtsch. Arb R., S. 69 f; Kinkel, S. 18 u. S. 21; Wernicke, a. a. O. S. 46; Joerges, D. Arb. R. 1938, S. 91; RAG in Arb. R. Samml. 33, S. 172; 29, S. 337; ähnl. Etzler, Diss. Breslau, 1937, S. 58 ff.

[2]) So Mansfeld, D. Arb. R. 1936, S. 126; Nipperdey, D. Arb. R. 1937, S. 143.

[3]) Dtsch. Arb., S, 70.

[4]) S. 18.

soll. Hier ist zunächst nur der erstere Fall zu erörtern, also die unmittelbare Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Es wurde dargelegt, daß das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ist und grundsätzlich ein Betriebszugehörigkeitsverhältnis darstellt. Kann dieses Betriebszugehörigkeitsverhältnis nun durch den Vertrag begründet werden? Dabei ist allerdings vorauszuschicken, daß von denen, die das bejahen, im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht durchweg scharf unterschieden wird zwischen der Betriebsgemeinschaft und dem davon getrennten Arbeitsverhältnis.[1]) Trotzdem bestehen aus diesem Grunde zwischen den verschiedenen Ansichten keine Unterschiede, da auch nach der Vertragslehre wesensmäßig und zeitlich nur ein Begründungsakt erforderlich sein soll.[2])

Es wird nun zwar auch von dieser Vertragslehre[3]) anerkannt, daß die Gemeinschaft Ausgangspunkt arbeitsrechtlicher Betrachtung ist. Die Folge davon ist, daß „Treue, Kameradschaft, Gemeinschaftsgeist, Zusammenstehen in Zeiten der Not und ehrenhaftes Verhalten" Pflichten sind, die für die einzelnen Mitglieder daraus anerkannt werden.[4]) Vor allem wird auch die Treue als stärkste Rechtsbindung anerkannt, die wir überhaupt kennen. Aber diese Treuebindung wird nicht als Rechtsgrund, als causa im technischen Sinne anerkannt. Ansprüche soll der Beschäftigte daraus herleiten, daß er ein „Gemeinschafts- d. h. ein Arbeitsverhältnis mit dem Unternehmer begründet hat, der aus diesem Arbeitsverhältnis bestimmte Pflichten erfüllen muß." Die entscheidenden Rechtsbeziehungen sollen sich dabei auf das gegenseitige Versprechen und damit doch wohl auf einen Vertrag gründen. Das Arbeitsverhältnis soll aber trotzdem dadurch nicht als ein schuldrechtliches Austauschverhältnis charakterisiert sein. Das, was nach dieser Ansicht aus dem Arbeitsrecht zu entfernen sei, soll gerade diese Charakterisierung der Arbeit als Handelsobjekt sein. Es soll sich heute nicht mehr um einen solchen rein schuldrechtlichen Austauschvertrag handeln, sondern „um die getreuliche Erfüllung und Beachtung eines gegebenen Versprechens".[5]) Dabei sollen diese Beziehungen personenrechtlicher Art sein. Zum Teil hebt man aber klar einzelne Ansprüche als schuldrechtliche Beziehungen davon ab.[6])

---

[1]) z. B. Mansfeld, D. Arb. R., S. 124.

[2]) Staudinger, Vorbem. 32, zu § 611; Hueck-N.-D., 3 Aufl., § 1, Anm. 18a.

[3]) Unter den Begriff „Vertragslehre" soll hier die Ansicht gebracht werden, die am wesentlich schuldrechtlichen Vertrag festhält. Diejenigen, die den Vertrag anerkennen, werden nicht hierher gerechnet, wenn sie im wesentlichen von der personenrechtlichen Gemeinschaft ausgehen.

[4]) dazu und zum folgenden Mansfeld, D. Arb. R., 1936, S. 123 ff.; vgl. auch Hueck, Dtsch. Arb. R., S. 70; Kinkel, S. 18. Zu diesen vergleiche Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 305.

[5]) Mansfeld, D. Arb. R., 1936, S. 127.

[6]) Hueck, Dtsch. Arb. R., S. 70; Kinkel, S. 21.

Dieser Standpunkt ist nach unserem heutigen Denken in Gemeinschaften nicht haltbar. Auf der einen Seite geht man von der Gemeinschaft aus und führt sie als Grund an für Anforderungen ganz allgemeiner Art, wie Treue, Kameradschaftlichkeit usw. Sobald aber ein konkreter Anspruch geltend gemacht wird, soll sich dieser auf das Versprechen und da dieses ja gerade Inhalt des schuldrechtlichen Vertrages ist, auf diesen Vertrag gründen. Man muß einen Anspruch erfüllen, weil man sich durch ein Versprechen verpflichtet hat. Der Arbeitsvertrag ist damit ein solcher, dessen Schwergewicht durch die Gemeinschaftsbeziehungen lediglich vom Schuldrecht des BGB weg verlagert ist, der also in Wahrheit beim BGB-Schuldrecht stehen bleibt.[1]) Damit wird aber der Weg „zur Erfassung der echten Gemeinschaft versperrt", denn „in dem Vertrag muß man dann auch immer die Grenze für Inhalt und Wirkungen des Arbeitsverhältnisses finden".[2]) Das ist eine dualistische Auffassung, bei der man nicht zu einem einheitlich aufgebauten Recht kommen kann. Man kann nicht hier von der Betriebsgemeinschaft, dort vom schuldrechtlichen Vertrage ausgehen, ohne einen unüberbrückbaren Riß zu schaffen".[3]) Hier wird entweder die Gemeinschaft unterschätzt, da man ihr als konkretem Gebilde keine volle rechtliche Erfassung zumutet oder aber es wird das Recht unterschätzt, das als nicht wert erachtet wird, einen so hochstehenden ethischen Begriff auch rechtlich zu erfassen. Beide Möglichkeiten sind aber zurückzuweisen, denn wenn wir heute in Gemeinschaften denken, das Leben unseres Volkes als Handeln in Gemeinschaften sehen, dann müssen wir das auch im Rechtsleben tun, denn das Recht kann dann nur ein Spiegelbild dieser Gemeinschaften sein. Wir haben gesehen, daß die Betriebsgemeinschaft eine Erscheinung unseres Rechtslebens darstellt,[4]) daß sie also nicht nur ein ethischer Begriff ist, der auf rechtliche Verhältnisse lediglich beeinflussend wirken könnte. Entgegen den oben dargelegten Ausführungen des RAG ist das Arbeitsverhältnis als Zugehörigkeitsverhältnis zur Betriebsgemeinschaft damit auch mit einem gegenständlich erfaßbaren Inhalt erfüllt und also auch „nach dieser Richtung hin rechtlich geordnet". Daran ändert, was weiter unten noch zu zeigen sein wird, auch die Tatsache nichts, daß Einzelabreden z. B. über Lohn oder Urlaub möglich sind.

Schon aus diesen Gründen kann man daher nicht den wesentlich schuldrechtlichen Arbeitsvertrag als Grundlage des Arbeitsverhältnisses aufrecht erhalten. Wenn demgegenüber dann noch betont wird, daß auch aus praktischen Gründen am Arbeitsvertrag festgehalten werden müsse, da dieser Begriff dem Volke geläufig sei und da es auf ihn besonderen Wert lege,[5]) so besagt

[1]) besonders deutlich bei Hueck, D. Arb. R. 1938, S. 180 f.
[2]) Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 19 und die dort angeführte Literatur; Nikisch, Arb. R. 1938, S. 69; Rhode, Ak. Z., 1937, S. 203 ff.
[3]) Rhode, Ak. Z., 1937, S. 205.
[4]) oben S. 9 ff.
[5]) Mansfeld, D. Arb. R. 1936, S. 125.

das m. E. nicht viel, denn wir leben in einer Zeit des Umbruchs. Manche Auffassung, die bisher im Volke bestand, muß durch Erziehungsarbeit beseitigt werden. Im übrigen scheint mir diese Begründung auch deshalb nicht stichhaltig zu sein, weil vielfach im Volke noch die Ansicht zu finden ist, ein Vertrag bestehe nur bei schriftlichen Abmachungen.

Das Ausgleichsdenken, das eine Synthese zwischen Vertragsrecht und Gemeinschaftsrecht erreichen will, die nicht möglich ist, kann im heutigen Recht keinen Platz haben. Oben (S. 34) wurde erkannt, daß das Arbeitsverhältnis als Zugehörigkeitsverhältnis zur Betriebsgemeinschaft angesehen werden muß. Es muß daher alles das beseitigt werden, „was an den Interessengegensatz als treibenden Faktor des sozialen Lebens erinnert".[1]) „Es kann also nicht das, was der einzelne im wirtschaftlichen Streit und Ausgleich mit dem Unternehmer erreicht oder nicht erreicht hat, entscheidend für die Rechtsstellung in der Gemeinschaft sein, sondern nur das in der Gemeinschaft gewachsene Recht."[1])

III. Vergleich zu anderen Rechtserscheinungen.

Nachdem nun gezeigt wurde, daß das Arbeitsverhältnis nicht durch den zwar „veredelten", aber im wesentlichen eben doch schuldrechtlich bestimmten Arbeitsvertrag begründet werden kann, ist zu untersuchen, wie der Begründungsvorgang gestaltet sein muß, um dem Wesen des Gemeinschaftsverhältnisses gerecht zu werden. Um das zu erkennen, sind im Schrifttum Vergleiche zu Gemeinschaftsformen und ähnlichen Rechtsformen unseres geltenden Rechts herangezogen worden. Es kann sich bei diesen Vergleichen nur darum handeln, Anhaltspunkte für die Begründung des Arbeitsverhältnisses zu finden, denn vollkommen gleich sind sich die einzelnen Gemeinschaften nicht.

1. Am wenigsten bestritten ist die Möglichkeit der vergleichsweisen Heranziehung des Familienrechts. Die familienrechtlichen Beziehungen waren bis zum Erlaß des AOG die klarsten Beispiele personenrechtlicher Verhältnisse, wenn diese Charakterisierung auch in einem Teil des Schrifttums bestritten wurde.[2]) Ja, vielfach sah man diese Verhältnisse als die einzigen personenrechtlichen Beziehungen überhaupt an.[3]) Brautstand und Ehe sind als konkrete Gemeinschaftsverhältnisse anzusehen,[4]) die bereits im BGB eine besondere Ausgestaltung erfahren haben, weil sie nicht schlechthin von den allgemeinen Regeln erfaßt werden konnten.

---

[1]) Rhode, Ak. Z., 1937, S. 205.

[2]) Siebert, Arb. Verh. S. 70; ders. Dtsch. R. Wiss. 1936, S. 205 ff; ders. Sonderh. d. Z. f. ausl. u. intern. Priv. R: 1937, S: 212 f; Nikisch, Festschr. f. Lehm. S. 285 f; Höhn, Dtsch. R., 1934, S. 301.

[3]) Westphal, D. Arb. R., 1938, S. 330.

[4]) Siebert, Dtsch. R. Wiss. 1936, S. 206; vgl. auch Isele, S. 13; Eben-Servaes, Dtsch. R., 1934, S. 536; Dahm, Festschr. f. Gleispach, 1936, S. 38.

Für den Vergleich zum Arbeitsverhältnis ist es wesentlich, wie diese Rechtsverhältnisse zustande kommen und welches die causa für evtl. Ansprüche der Partner ist, denn das sind die grundlegenden Fragen, die das Wesen der Begründung des Arbeitsverhältnisses klären können.

Zur Begründung der genannten familienrechtlichen Verhältnisse ist die Willensübereinstimmung der Beteiligten erforderlich.[1]) Das ist selbstverständlich, da es sich ja um freiwillig eingegangene Rechtsverhältnisse handelt, bei denen eben der Wille der Beteiligten ausschlaggebend ist. Die Frage nach der causa im technischen Sinne für Ansprüche der Beteiligten ist deshalb wesentlich, weil nach der oben (S. 34 ff) abgelehnten Auffassung über die Begründung des Arbeitsverhältnisses die causa für einzelne Ansprüche das im Arbeitsvertrage gegebene Versprechen sein soll.

a) Dem Verlöbnis als einem Gemeinschaftsverhältnis ist die Treuebindung wesentlich.[2]) Dabei ist die Pflicht zur Eingehung der Ehe eine Folge dieser Treuebindung.[2]) Sie ist keine schuldrechtliche Pflicht, die etwa aus einem schuldrechtlichen Verlöbnisvertrage abzuleiten wäre.[3]) Das kommt auch schon im Gesetz zum Ausdruck. Man kann nicht auf Eingehung der Ehe klagen (§ 1297, Abs. 1 BGB); ebenso ist keine Vertragsstrafe möglich (§ 1297 Abs. 2 BGB). Ferner gilt für den Fall, daß etwa auf Grund eines ausländischen Urteils ein Verlobter zur Eheschließung verurteilt worden ist, § 888, Abs. 2, ZPO., wonach dieses Urteil nicht vollstreckbar ist. Darin kommt ganz klar zum Ausdruck, daß es sich hier nicht um einen echten schuldrechtlichen Anspruch handeln kann, denn diesen ist wesentlich, daß sie vollstreckbar sind.

Andererseits ist zu Recht darauf hingewiesen worden,[4]) daß die nicht klagbare Pflicht nun nicht etwa eine schwächere Pflicht ist, denn die Stärke einer Pflicht kann man nicht „nach der äußeren Schwere und der Zahl der Sanktionen für ihre Verletzung bestimmen." Das gilt insbesondere für das Recht im nationalsozialistischen Reich. Gerade die Nichtklagbarkeit dieser Pflicht zeigt den Unterschied zum Schuldrecht und „die besondere Eigenart dieser Treuepflicht."

Die Pflicht zur Eheschließung ist als eine solche anzusehen, die sich aus dem Gemeinschaftsverhältnis, also aus der Treuebindung ergibt und nicht aus der das Verlöbnis begründenden Willensübereinstimmung. Das Ergebnis dieser Darlegung ist demnach, daß die Willensübereinstimmung nur Begründungswirkung hat, daß also ein „Anspruch" auf Eingehung der Ehe daraus nicht abgeleitet werden kann.

---

[1]) Es wird dabei von den für die Eheschließung sonst erforderlichen Elementen abgesehen.
[2]) Vgl. S. 38, Anm. 4.
[3]) So aber früher die herrschende Meinung.
[4]) Siebert, Dtsch. R. Wiss., 1936, S. 210.

b) Dasselbe gilt auch von der Ehe. Sie wurde von der früher herrschenden Meinung als Vertragsverhältnis angesehen. Dieses Denken kommt z. B. noch heute darin zum Ausdruck, daß man nach § 606 ZPO auf Herstellung des ehelichen Lebens klagen kann. Es erscheint aber zweifelhaft, ob eine Klage auf Herstellung eines Gemeinschaftsverhältnisses möglich ist. Daß man aber dem Urteil aus dieser Klage die Vollstreckbarkeit gemäß § 888, Abs. 2, ZPO. versagt, zeigt, daß man diesen Anspruch doch nicht einem solchen schuldrechtlicher Art vollkommen gleich setzen kann. —

Statt dessen muß die Ehe als eine durch gegenseitige Treubindung gekennzeichnete Gemeinschaft angesehen werden.[1]) Das kommt bereits in der Regelung des BGB zum Ausdruck. „Die Gesetzesverfasser sahen in der Ehe den Ehestand, eine von dem Willen der Ehegatten unabhängige sittliche und rechtliche Ordnung, eine Gemeinschaft"[2]), zu der die Ehegatten einander verpflichtet sind (§ 1353, Abs. 1, BGB). Die Verpflichtung zur gegenseitigen Treue ist das wesentliche Merkmal dieser Gemeinschaft. Dabei ist darunter die Zusammenfassung „des gesamten rechtlichen Inhalts des persönlichen Verhältnisses der Ehegatten"[3]) zu verstehen. Was im einzelnen darunter fällt, das zu bestimmen, ist nicht Aufgabe des Gesetzgebers.[4]) Die einzelnen aus der Treuepflicht, aus der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft sich ergebenden Pflichten lassen sich auch gar nicht erschöpfend aufzählen. Es handelt sich dabei um die Pflichten, die sich „nach dem sittlichen Wesen der Ehe aus den persönlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander ergeben.[5]) Das bedeutet aber doch nichts anderes als daß es Pflichten sind, deren causa erst in der personenrechtlichen Gemeinschaft begründet ist.[6]) Andererseits ergibt sich daraus, daß solche Ansprüche der Ehegatten untereinander nicht aus der nach § 17, Abs. 1 des Ehegesetzes zur Eheschließung erforderlichen Willensübereinstimmung abzuleiten sind, daß diese vielmehr lediglich Begründungswirkung hat.

c) Als drittes Beispiel des Familienrechts läßt sich die Annahme an Kindes Statt anführen (§ 1741 ff BGB). Die vom Gesetz als Vertrag bezeichnete erforderliche Willensübereinstimmung

---

[1]) Eben-Servaes, Dtsch. R., 1934, S. 536; Siebert, Arb. Verh., S. 70 ff; ders Dtsch. R. Wiss., 1936, S 124 f; Isele, a. a. O., S. 7; Mössmer, Neugestaltung d. dtsch. Ehescheidungsrechts, Vorschlag d. Ak. f. d. R., S. 11; Rilk, Komm, 1938, § 46, I; S. 1; Freisler, Vom alten z. neuen Ehescheidungs-R. in Beitr. z. Rechtserneuerung, 1937, Heft 6, S. 323; Soergel, BGB, 6. Auf.; 1937; Vorbem. zu § 1303 ff.

[2]) Lange, Dtsch, R., 1935, S. 82.

[3]) Soergel, BGB, 6. Aufl., 1937, § 1353, Anm. 1.

[4]) Siebert, Arb. Verh., S, 71, mit weiteren Literaturnachweisen; Rhode, Ak. Z., 1936, S. 372.

[5]) RGR-Komm. 8. Aufl., § 1353, Anm. 2

[6]) Siebert, Arb. Verh. S. 72; Isele, S. 7; Etzler, Diss, Breslau, 1937, S. 43.

(§§ 1741, 1748 BGB) hat auch hier lediglich Begründungswirkung. Ansprüche der Beteiligten ergeben sich aus der über deren Willen stehenden Gemeinschaftsordnung der Familie (§ 1757, Abs. 1, BGB).

Der Heranziehung des Familienrechts zum Vergleich für die Begründung des Arbeitsverhältnisses ist nun entgegengehalten worden, daß das Arbeitsverhältnis erst durch den Zusammenschluß der Beteiligten zu einer Schaffensgemeinschaft personenrechtlich bestimmt würde, während das Personenrecht im Familienrecht Ausgangspunkt sei,[1]) daß die Beziehungen zwischen den Beteiligten im Arbeitsrecht erst aus der Arbeit und deren Zweck folge, während sie im Familienrecht um der unmittelbaren Beziehung von Mensch zu Mensch willen eingegangen würden.[2]) Dieser Einwand ist aber m. E. nicht stichhaltig. Zunächst ist es nicht der Fall, daß die Ehegemeinschaft nur um ihrer selbst willen gegründet würde, während die Gemeinschaft des Arbeitsverhältnisses zweckgebunden sei. Eine Gemeinschaft, die innerhalb der Volksgemeinschaft etwa nur um ihrer selbst willen besteht, gibt es nicht; auch die Ehe ist eine solche zweckgebundene Gemeinschaft. Sie wird begründet „zum Zwecke der Wahrung und Förderung des Gemeinwohls durch einträchtige Zusammenarbeit und zum Zwecke der Erzeugung rassegleicher, erbgesunder Kinder und ihrer Erziehung zu tüchtigen Volksgenossen".[3]) Sofern Kindererzeugung nicht möglich ist, besteht demnach der Zweck der Ehe zumindest in der „Wahrung und Förderung des Gemeinwohles durch einträchtige Zusammenarbeit". Sodann erscheint es für das Wesen der Gemeinschaft gleichgültig, ob die personenrechtliche Beziehung Ausgangspunkt oder Folge eines Zusammenschlusses ist. In beiden Fällen entsteht eine Gemeinschaft und deren Wesen muß der Begründungsvorgang unterworfen sein. Einem Vergleich kann auch, wie oben (S. 38) bereits gesagt wurde, ein Strukturunterschied zwischen den einzelnen Gemeinschaften nicht im Wege stehen.

2) Ferner ist von Siebert das Verbandsrecht zum Vergleich herangezogen worden.[4]) Von ihm wird darauf hingewiesen, daß auch der Beitritt zu einer Körperschaft hinsichtlich seiner rechtlichen Bedeutung bestritten ist, daß aber vor allem seit Beseler und O. v. Gierke der Vertragsstandpunkt mehr und mehr verlassen

[1]) v. Besser, Diss. Göttingen, 1937, S. 21 f; Richter, Art. "Arbeitsverhältnisgesetz" in Arb. R, Kartei.

[2]) Nikisch, Festschr. f. Lehm. S. 291; v. Besser, a. a. O.; ähnlich Müllereisert, D. Arb. R. 1936, S. 94, der aber einen Unterschied deshalb annehmen will, weil im ehelichen und elterlichen Verhältnis einzelne dynamische Rechtsbeziehungen absoluter Art" vorhanden wären, was nach ihm beim Arbeitsverhältnis nicht der Fall ist. Mit der Darlegung, daß das Personenrecht kein absolutes Recht an einer Person ist (oben S. 17 ff), ist diese Ansicht bereits widerlegt worden.

[3]) Mössmer, a. a. O. S. 11.

[4]) Siebert, Arb. Verh., S. 73 ff; ders. Ak. Z., 1936, S. 96; ders. Sonderh. d. Z. f ausl. u. intern. Priv. R., 1937, S. 200, 212 f;

wird und daß die Begründung einer Körperschaft als „organisationsrechtlicher Zusammenschluß eigener Art" anzusehen ist, als „körperschaftliche Schöpfungshandlung".[1]) Diese Haltung ist vom RG besonders deutlich bei der Übernahme von Aktien vertreten worden. Man ist zu dieser Auffassung gekommen, weil man die Körperschaft nicht als Summe einzelner Vertragsbeziehungen sehen kann, sondern als „sozialen Organismus, der einer Gemeinschaftssphäre angehört".[2]) Nach dieser Lehre ist der Begründungsakt, der aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen besteht, nämlich der Beitrittserklärung des Mitgliedes und der Aufnahmeerklärung der Körperschaft, nicht als schuldrechtlicher Vertrag anzusehen, sondern als ein Vorgang, der nur Begründungswirkung hat.

Gegen die Anwendung dieser Rechtsgedanken für das Arbeitsverhältnis ist eingewandt worden, daß das verbandsrechtliche Verhältnis im Gegensatz zum arbeitsrechtlichen eine Eingliederung in eine höhere Rechtseinheit, in ein selbständiges Rechtssubjekt bedeutet.[3]) Dieser Einwand ist richtig; er hindert indessen nicht daran, zu erkennen, daß es Fälle gibt, in denen im Gegensatz zum schuldrechtlichen Vertrag die Begründung eines Rechtsverhältnisses sich in dieser Wirkung erschöpft. Im übrigen steht die Tatsache, daß ein Rechtsgebilde nach außen hin als selbständiges Rechtssubjekt auftritt, nicht dem entgegen, daß dieses Rechtsgebilde eine Gemeinschaft sein kann. Es sei nur an das Beispiel der NSDAP. erinnert, die nach dem Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat vom 1. Dezember 1933 eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, die zugleich aber auch unbestritten eine Gemeinschaft darstellt.

3. Schließlich ist noch die Begründung des Beamtenverhältnisses zum Vergleich heranzuziehen. Es kann dabei vorangestellt werden, daß beim Beamtenverhältnis auf keinen Fall mit einem schuldrechtlichen Vertrage gearbeitet werden kann.[4]) Man kann aber noch weiter gehen. Auch die Begründung des Beamtenverhältnisses hat lediglich Eintritts- oder Begründungswirkung.[5]) Wenn auch die Rechtsnatur des Begründungsvorganges noch heute bestritten ist.,[6]) so kann man doch auf keinen Fall die Willensübereinstimmung, die zur Begründung des Beamtenverhältnisses erforderlich ist und darin zum Ausdruck kommt, daß der Anwärter zu dem erforderlichen Staatsakt seine Zustimmungserklärung abgeben muß, zur Grundlage für Ansprüche und Pflichten des Beamten machen. Gerade im Beamtenrecht kommt das sehr deutlich zum Ausdruck.

---

[1]) So RG in J, W. 1935, S. 2044 ff; vgl. Siebert, Arb. Verh. S. 73, Anm. 1.

[2]) Feine, in Ehrenb. Handb. III, Ziff, 3 (1929) S. 155 ff; Siebert, Arb. Verh. S. 75.

[3]) Müllereisert, D. Arb. R. 1938, S. 282.

[4]) Huber, J. W., 1937, S. 1113.

[5]) Siebert, Arb. Verh. S. 80. 00

[6]) Vgl. Brand, DBG, 1937, § 1, Anm. 1, S. 69.

Die Erfüllung der Beamtenpflicht ist „nicht Vertragserfüllung, sondern Erfüllung der besonderen Treue-, Gehorsams- und Dienstpflichten; ihre Verletzung ist nicht Vertragsverletzung, sondern Dienstvergehen".[1]) Das Beamtenverhältnis ist ein Treueverhältnis (§ 1 DBG; ebenso § 4), bei dem alle Pflichten in dieser Treuepflicht wurzeln. „Die Treue ist der Ausdruck der allgemeinen Pflichten des Beamten".[2])

Demnach wird auch das Beamtenverhältnis ebenso wie die Rechtsverhältnisse des Familienrechts und des Verbandsrechts durch einen Rechtsakt begründet, der in der Begründungswirkung allein seine Bedeutung hat., Rechte und Pflichten ergeben sich nicht aus diesem, sondern entspringen dem entstandenen Treueverhältnis.

Kann diese Erkenntnis aus dem Beamtenverhältnis nun für das Arbeitsverhältnis verwertet werden? Das ist zu bejahen, denn wie das Arbeitsverhältnis ein Treueverhältnis zwischen dem Führer (Unternehmer) und dem Gefolgschaftsmitglied darstellt, so ist entsprechend das Beamtenverhältnis ein Treueverhältnis zwischen dem Führer des Reiches und dem einzelnen Beamten (§ 1, DBG). Daher erscheint auch der Einwand, daß eine Annäherung des Arbeitsverhältnisses an das Beamtenverhältnis zweifelhaft sein müsse, so wie er von Reu in dem von ihm ausgeführten Zusammenhang gesehen wird, nicht richtig.[3]) Es wird nämlich von diesem die Stellungnahme Gierkes zitiert,[4]) der ausführt, daß, wenn schon der lebenslänglich angestellte Staatsbeamte nicht für längere Zeit gebunden sei, daß dann auch der Dienstverpflichtete nicht durch Einschränkung des Kündigungsrechtes eingeengt werden dürfe. Diese Auffassung kann doch wohl für das heutige Recht keine Geltung mehr haben. Die Treuepflicht des Beamten dauert bis zu dessen Tode (§ 3, Abs. 1 DBG). Dementsprechend ist im Arbeitsrecht die Tendenz zu beobachten, daß auch eine fristgemäße Kündigung erst dann ausgesprochen werden darf, wenn ein hinreichender Grund vorhanden ist.[5]) Dafür kommen zunächst die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 56 ff AOG. über den Kündigungsschutz in Frage, die der Ausschuß für Arbeitsrecht der Akademie für deutsches Recht auf alle Betriebe, also auch auf die Kleinbetriebe ausgedehnt wissen will.[6])

Darüber hinaus können in besonders krassen Fällen Kündigun-

---

[1]) Brand, a. a. O.; RGZ. 96, 303; 100, 297; 110, 192;

[2]) Siebert, Arb. Verh. S, 81; Brand, a. a. O. § 1, Anm. 3, S. 73; § 3, Anm. 1, S. 86; § 142, Anm. 3 e, Brand, Reichsdienststrafordnung, 1937, § 3, Anm, 1.

[3]) Reu, Zeitschr. f. d. ges. Handels- u. Konkurs-R. 1936 (Bd. 102) S. 220.

[4]) O. v. Gierke, Der Entwurf eines bürgl. Gesetzbuchs u. d. dtsch. R. 1889, S. 246.

[5]) Vgl. Lovisa, Kündigung u. Kündigungsschutz, 1937 S. 10.

[6]) Entwurf, S. 33, Anm. u. S. 99.

gen gegen die Treue- und Fürsorgepflicht verstoßen.[1]) Das ist besonders wichtig in den Fällen, in denen die §§ 56 ff AOG nicht anwendbar sind.

In diesem Sinne haben auch die Arbeitsgerichte wiederholt entschieden.[2]) Wenn auch dabei durchweg eine solche Kündigung als gegen § 138 BGB verstoßend angesehen wird, so kommt doch in den meisten Entscheidungen zum Ausdruck, daß § 2, Abs. 2 AOG dabei berührt wird. Diese sich im Arbeitsverhältnis zeigende Tendenz ergibt sich aus der für das Arbeitsverhältnis wesentlichen Teuepflicht. Diese ist aber, wie oben gezeigt wurde, auch beim Beamtenverhältnis wesentlich. Daher ist es berechtigt, wenn Siebert[3]) sagt, daß das Arbeitsverhältnis dadurch, daß man sein eigentliches Wesen erkannt hat, dem Beamtenverhältnis nähergerückt ist.

Während also dem zuzustimmen ist, daß der Eintritt in das Beamtenverhältnis insoweit zum Vergleich herangezogen werden kann, als er lediglich Begründungswirkung zeigt, kann aber nicht der Begründungsakt selbst zu Schlüssen auf denjenigen beim Arbeitsverhältnis Anlaß geben. Im Beamtenrecht kommt zu der Eingehung einer Treuebindung noch die Unterstellung unter die Weisungen des Vorgesetzten im Sinne des § 2, Abs. 5, DBG. Hier handelt es sich um ein Über- und Unterordnungsverhältnis und nicht um ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis. Der Eintritt in dieses Unterordnungsverhältnis erfolgt gleichzeitig mit dem Eintritt in das Treueverhältnis zum Führer, nicht erst nachträglich. Der Eintritt in das Arbeitsverhältnis dagegen wurde oben (S. 26 ff) als Begründung eines Gemeinschaftsverhältnisses charakterisiert, neben der es nicht eine etwa vertragliche Unterwerfung unter den Willen des Unternehmers gibt. Es wurde gezeigt, daß die Stellung von Unternehmer und Gefolgsmann zu einander nur aus ihrer Stellung in der Betriebsgemeinschaft abzuleiten ist.

Weiter ist zu bedenken, daß die Willensübereinstimmung im Beamtenrecht gerade im nationalsozialistischen Staat nur als Voraussetzung für die Begründung des Beamtenverhältnisses angesehen werden kann, die selbst erst durch Verleihung der Ernennungsurkunde erfolgt. (§ 27 DBG).[4]) Im Arbeitsrecht dagegen ge-

---

[1]) Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 17g; dabei kann es hier dahingestellt bleiben, ob nur § 138 BGB oder aber auch § 2, Abs. 2, AOG hier anzuwenden ist. Vgl. darüber Hueck-N-D., a. a. O. mit Literaturangaben.

[2]) RAG in Arb. R. Samml. 26, S. 125, S. 161; 28, S. 337; 34, S. 164; 35, S. 70; LAG in Arb. R. Samml. 28, S. 96; S. 101; 29, S. 51; 31, S. 97.

[3]) Arb. Verh. S. 80; vgl. dazu auch Wacke, Ak. Z., 1937, S. 496 ff.

[4]) Huber, J. W., 1937, S. 1114; Brand, DBG, 1937; § 1; Anm. 1 mit weiteren Literaturangaben. Es ist darauf hinzuweisen, daß, wenn Siebert in D. Arb. R., 1937, S. 45, sagt, die Willensübereinstimmung sei Voraussetzung für den Eintritt in die Gemeinschaft, er damit meint, daß es ohne diese keine Begründung des Gemein-

hört die Willensübereinstimmung zum Konstitutivakt selbst hinzu.[1])

Es erscheint daher nicht richtig, wenn man am Beispiel der Begründung des Beamtenverhältnisses beweisen will, daß diejenige des Arbeitsverhältnisses durch die Willensübereinstimmung und durch einen tatsächlichen Akt erfolgen soll.[2]) Wenn wirklich bei beiden Verhältnissen zwei Tatbestandselemente erforderlich sind, so steht einer Vergleichsmöglichkeit doch entscheidend entgegen, daß diese Elemente in ihrer jeweiligen Beziehung zu einander zu verschieden sind.

Dasselbe hat hinsichtlich der Vergleichsmöglichkeit zur Einbürgerung, zum Eintritt in den Arbeitsdienst, in die Wehrmacht oder in eine Gliederung der Bewegung zu gelten.

Es ist zu bedenken, daß die Begründung der verschiedenen Gemeinschaftsverhältnisse im einzelnen sehr unterschiedlich sein kann. So kommt z. B. die Verlobung überhaupt nur durch eine Willensübereinstimmung allein zustande.

4. Als Ergebnis dieser Vergleiche ist demnach festzuhalten, daß es Rechtsverhältnisse gibt, die nach Gesetz oder aber nach verbreiteter Lehrmeinung durch übereinstimmende Willenserklärungen begründet werden, wobei diese Willenserklärungen lediglich zur Begründung der Rechtsverhältnisse führen. Es handelt sich dabei, wie aus den Beispielen ersichtlich wird, um Fälle, deren rechtliche Bestimmung von dem Willen des einzelnen weitgehend unabhängig ist. Aus diesem Grunde können auch, da die überindividuellen Rechtsbeziehungen dem Willen des einzelnen vorgehen, Pflichten und Ansprüche des in diese Rechtsverhältnisse Eingegliederten sich nicht aus einem Vertrag zwischen zwei Individuen herleiten. Rechtsgrundlage dafür muß vielmehr die Ausgestaltung des gesamten Gebildes sein. Wesentliches Element dieser überindividuellen Gebilde ist zumindest grundsätzlich die Treuebindung, der der einzelne durch seinen Eintritt unterworfen wird. Diese Treuebindung kann nur allein die causa für einzelne Ansprüche bilden. Die Pflichten, die sich aus ihr ergeben, sind erschöpfend nicht aufzuzählen. Wo das Gesetz solche aufzählt, handelt es sich um die aus der Treuepflicht entspringenden Pflichten.

---

schaftsverhältnisses gibt, nicht aber, daß die Willensübereinstimmung Voraussetzung für den erst später folgenden Konstitutivakt sei. Siebert rechnet ja auch die Willensübereinstimmung zum Konstitutivakt. Vgl. dazu Huber, a. a. O.

[1]) Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 44 ff, S. 307.
[2]) Etzler, Diss. Breslau, 1937, S. 44 ff.

IV. Der Begründungsvorgang.

Da auch das Arbeitsverhältnis als Zugehörigkeitsverhältnis zur Betriebsgemeinschaft die Zugehörigkeit zu einem solchen überindividuellen Rechtsverhältnis, eben zur Betriebsgemeinschaft vermittelt, ist die Anwendung der erwähnten Grundsätze darauf berechtigt, denn auch beim Arbeitsverhältnis ist das wesentlichste Merkmal die Treuepflicht. Die Begründung des Arbeitsverhältnisses erfolgt demnach durch einen „sozialschöpferischen Vorgang",[1]) der in der Begründung des Arbeitsverhältnisses seine einzige Wirkung hat. Es ist im folgenden nun darzulegen, was im einzelnen zu der Begründung erforderlich ist.

1. Wir haben gesehen, daß eine „Willensübereinstimmung" auch dann erforderlich ist, wenn, wie z. B. im Beamtenrecht, der Konstitutivakt ein Staatshoheitsakt ist. Umsomehr ist für die Begründung des Arbeitsverhältnisses eine Willensübereinstimmung erforderlich, da es sich ja hier um rechtlich Gleichgeordnete handelt.[2]) Dieses Verhältnis wandelt sich erst dann in ein Führergefolgschaftsverhältnis um, wenn der Gefolgsmann in die Gefolgschaft eingegliedert wird. Und doch besteht ein Unterschied zur Begründung des Beamtenverhältnisses. Der Bewerber findet sich dort schon, da er in der Volksgemeinschaft steht, in einem Treueverhältnis zum Führer. Der Eintritt in das Beamtenverhältnis bedeutet daher lediglich eine Verstärkung dieser Treuebindung und eine Unterwerfung unter die Dienstgewalt der vom Führer bestimmten Vorgesetzten. Aus diesem Unterschied ergibt sich auch, daß die Willensübereinstimmung zwischen Unternehmer und Arbeiter zu dem Konstitutivakt selbst gehören muß, daß es also eine Eingliederung derjenigen des Staatshoheitsaktes vergleichbar nicht geben kann.[3])

Will demnach, um zunächst den einfachsten Fall zu nehmen, ein Unternehmer einen Arbeiter einstellen, in die Betriebsgemeinschaft eingliedern, so ist erforderlich, aber auch wesentlich, daß beide darüber einig sind. Durch die bloße Tatsache der Arbeit kann das Gemeinschaftsverhältnis nicht entstehen.

Diese Willensübereinstimmung erschöpft sich in der Begründung des Arbeitsverhältnisses. Sie kann nicht als Rechtsgrundlage für Ansprüche und Pflichten der Beteiligten dienen. Kann man sie nun trotzdem als Vertrag bezeichnen und insbesondere, ist sie nach den Vorschriften des BGB zu behandeln? Zunächst ist festzustellen, daß die Regelung des ersten und zweiten Buches des BGB nicht ohne weiteres anwendbar ist, denn dort wird — jedenfalls soweit diese hier interessiert — der schuldrechtliche, gegenseitige Vertrag geregelt, der ja gerade für die Begründung des Arbeitsverhältnisses abgelehnt worden ist.[4]) Zu diesem Ergebnis kommt

[1]) Siebert, Arb. Verh. S. 43; Nikisch, Arb. R. 1938, S. 69, zustimmend auch Rhode, Ak. Z. 1936, S. 371 ff.

[2]) Huber, J. W. 1937, S. 1114.

[3]) Dagegen Hastler, Dtsch. R. 1938, S. 450.

[4]) Vgl. Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16a; Staudinger, 10. Aufl., Vorbem. 32 zu § 611.

man auch von den oben gezogenen Vergleichen her. So hat der Gesetzgeber schon im BGB die Voraussetzung für die Eingehung der Ehe nicht nach dem Allgemeinen Teil des BGB geregelt, sondern eine dem Wesen der Ehe als einer Gemeinschaft entsprechendere Regelung gefunden.[1]) Dasselbe gilt auch nach dem neuen Eherecht. Ob diese Willensübereinstimmung nun trotzdem als Vertrag zu bezeichnen ist oder nicht, hängt von dem ab, was man unter dem Vertragsbegriff versteht. Bringt man darunter alle diejenigen Fälle, in denen eine Willensübereinstimmung erforderlich ist, dann gehört auch die zur Begründung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Willensübereinstimmung dazu. Mit demselben Recht müßte man dann aber auch Verlöbnis und Eheschließung einen Vertrag nennen, ebenso die Gründung einer Aktiengesellschaft. Das wird aber heute fast allgemein abgelehnt. Dieser Standpunkt kann auch nicht mehr aufrecht erhalten werden. Von ihm geht das BGB aus, das einen „abstrakten Allgemeinbegriff geprägt hat, der über den Inhalt des Vertrages überhaupt nichts aussagt".[2]) Dieser Formalbegriff, der vom Wesen und dem typischen Inhalt des Vertrages völlig absieht, läßt, weil er überhaupt keinen Inhalt mehr hat, jeden Inhalt zu".[3])

Heute dagegen unterscheiden wir zwischen dem Rechtsverkehr als dem eigentlichen Gebiete des Vertrages und dem Eintritt in die konkreten Gemeinschaften der Volksordnung.[4]) Wegen dieses Unterschiedes kann es daher keinen abstrakten Begriff geben, der auf alle diese Verhältnisse paßt. Der Vertrag wird auf sein eigentliches Gebiet, auf den Austausch einzelner Leistungen oder Güter beschränkt. Es gibt also keinen Vertrag, wo die Persönlichkeit und die Gliedstellung der Beteiligten unmittelbar berührt werden, sondern nur einen personenrechtlichen Zusammenschluß.[5]) Daher kann man nicht von einem Arbeitsvertrag sprechen, denn das Arbeitsverhältnis, das durch ihn begründet werden soll, ist eine konkrete Gemeinschaft.

Zwischen dem Vertrag und dem Eintritt in die Gemeinschaft besteht ein bedeutender Unterschied. Der Vertrag verpflichtet zu Einzelleistungen, der Eintritt in eine Gemeinschaft erschöpft sich jedoch in der Eintrittswirkung. Dem ist nun von Nipperdey[6]) entgegengehalten worden, daß „auch die Willenseinigungen, die der Herbeiführung einer Gemeinschaft dienen, z. B. der Gesellschaftsvertrag (§ 705 BGB) und der Adoptionsvertrag (§ 1741

[1]) Siebert, Arb. Verh. S. 86.

[2]) Vgl. Stoll, Vertrag u. Unrecht, S. 5; Larenz, Vertrag u. Unrecht I, S. 20.

[3]) C. Schmitt, Ztschr. f. d. ges. Staatswiss. Bd. 95, S. 194, vgl. Siebert, Arb. Verh., S. 75

[4]) Larenz, a. a. O., S. 15 ff. Vgl. z. B. auch Westphal, D. Arb. R. 1938, S. 329 f.

[5]) Larenz, a. a. O., S. 18; Siebert, Dtsch. R. Wiss. 1936, S. 204 ff; ders. J. W. 1937, S. 1103 ff, bes. S. 1110; Frey, Die sittenwidrige Kündigung i. Arb. R., 1938, S. 33 f

[6]) in Staudinger, BGB, 10. Aufl. Vorbem. 32 zu § 611.

BGB), als Verträge bezeichnet würden." Dazu ist zu sagen, daß die Gesellschaft des BGB nicht als Gemeinschaft in unserem heutigen Sinne aufgefaßt werden kann. Sie ist individualistisch gedacht und besteht in der Summierung individueller Interessen.[1])

Auch die vom BGB als Vertrag bezeichnete Regelung der Annahme an Kindes Statt kann die dargelegte Auffassung nicht entkräften. Zwar ist das Verhältnis des Annehmenden zu dem Kinde ein Gemeinschaftsverhältnis und der zu dessen Begründung erforderliche „Vertrag" hat lediglich Begründungswirkung. Trotzdem kann § 1741 BGB hier nichts beweisen. Es handelt sich um eine Regelung des BGB, das die Gemeinschaft als Rechtsinstitut in unserem Sinne ja gar nicht kennt und demgemäß auch die von uns als Gemeinschaften heute anerkannten Rechtsverhältnisse mit allgemeinen Formalbegriffen erklären muß. Das beste Beispiel ist dafür ja der Dienstvertrag des BGB.

Weiter begründet Nipperdey[2]) die Aufrechterhaltung des „Arbeitsvertrages" mit der Feststellung, daß ja auch der Vertragsbegriff in unserer heutigen Rechtsordnung ein gemeinschaftsbestimmter Begriff ist. Dabei stützt er sich auf die Darlegungen von Larenz.[3]) Aber gerade Larenz begrenzt ja diesen gemeinschaftsbezogenen Vertragsbegriff, indem er ihn nur auf den Rechtsverkehr anwendet. Daß auch der Vertrag, der z. B. auf den Austausch von Leistungen gerichtet ist, heute nicht im Sinne einer unbegrenzten Bestimmungsfreiheit aufgefaßt werden kann, sondern im Rahmen der Gesamtordnung gesehen werden muß, ist klar. Damit kann er aber noch nicht zur Begründung eines Gemeinschaftsverhältnisses verwandt werden. Der Grund dafür ist, wie schon gesagt, der, daß dieser Vertrag auf den Austausch von Leistungen gerichtet ist, daß er also überall da, wo es sich um die Einbeziehung einer Persönlichkeit als solcher in ein Rechtsverhältnis handelt, also um Gemeinschaftsbegründungen, nicht möglich ist. Der Vertrag verpflichtet zu einzelnen Leistungen, die Begründung des Arbeitsverhältnisses erschöpft sich dagegen in der Begründungswirkung. Dieser Unterschied berechtigt dazu, von dem Vertrag abzugehen.[4])

Aber auch aus einem praktischen Grunde ist diese Haltung berechtigt. Bisher war immer die Rede von einem zumindest schuldrechtlich beeinflußten Arbeitsvertrag. Wenn man diesen Ausdruck auch in Zukunft anwendet, dann liegt die Gefahr nahe, daß darunter der alte Begriff weiterlebt.

Aus diesen Gründen hat man die zur Begründung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Willensübereinstimmung „Einung" oder „Einigung"[5]) genannt. Diese Einigung gilt allein für den

[1]) Vgl. oben S. 11 mit Literaturnachweisen.

[2]) in Staudinger, BGB, 10. Aufl. Vorbem. 32 zu § 611

[3]) Dtsch. R., 1935, S. 491 u. Vertrag u. Unrecht I, S. 15 ff.

[4]) Vgl. dazu Hueck-N.-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16a. Freisler, Dtsch. Gemein- u, Wirtsch. R., 1939, S. 1 ff.

[5]) Larenz, Vertrag u. Unrecht I, S. 18; Siebert, Arb. Verh., S. 87; ders. D. Arb. R., 1937, S. 307 ff; Nikisch, Arb. R., 1938, S. 70.

Eintritt in das Gemeinschaftsverhältnis. Deren Wesen darf nun aber nicht dadurch verwischt werden, daß man bei der Frage der Begründung des Arbeitsverhältnisses schon erörtert, was alles zu ihr hinzutreten kann. Modifizierungen über das Recht der Betriebsgemeinschaft, etwa Einzelvereinbarungen über Lohnhöhe oder über höheren Urlaub können also hier noch nicht behandelt werden. Man läuft sonst Gefahr, in dieser Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis auszugestalten, einen wichtigen Grund für die Annahme zu sehen, daß zur Begründung des Arbeitsverhältnisses doch ein Arbeitsvertrag erforderlich sei.[1])

2. a) Nach der personenrechtlichen Lehre genügt die Einigung allein aber noch nicht. Aus dem Wesen der Gemeinschaft als einer zweckgebundenen Einheit und aus dem Wesen des Arbeitsbegriffes als dem Einsatz der Persönlichkeit wird abgeleitet, daß zur Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft außer der Einigung noch die „Übernahme und Ausübung von gemeinschaftsmäßigen Pflichten' gehört. Es wird also, wenigstens grundsätzlich, noch die Aufnahme der Arbeit im Betriebe verlangt.[2]) Diese Arbeitsaufnahme, der auf der anderen Seite die Eingliederung in den Betrieb durch den Betriebsführer entspricht, darf nach dieser Lehre aber nicht als selbständiges Tatbestandsmerkmal gegenüber der Willensübereinstimmung angesehen werden. Die Eingliederung ist vielmehr „der im beiderseitigen Einverständnis erfolgende Eintritt in die Betriebsgemeinschaft". Es handelt sich danach um einen einheitlichen Tatbestand, „der mehr ist als eine bloße Willensübereinstimmung und zu dem normalerweise die tatsächliche Aufnahme der Arbeit gehört."[3])

Nun wird zwar die Aufnahme der Arbeit meistens in der Eingliederung enthalten sein. Es gibt aber doch Beispiele, bei denen diese Arbeitsaufnahme erst später erfolgt, bei denen aber trotzdem nach der personenrechtlichen Eingliederungslehre ein Arbeitsverhältnis entsteht. In diesen Fällen genügt es zur Begründung des Arbeitsverhältnisses, daß statt der Aufnahme der Arbeit auf beiden Seiten von dem Zeitpunkt der Eingliederung an eine „Arbeitsbereitschaft" vorhanden ist, wenn Aussicht auf Verwirklichung dieser Bereitschaft und auf Erfüllung des konkreten Zweckes der Arbeitsgemeinschaft besteht.[4]) Hierher gehört z. B.

---

[1]) So Etzler, Diss. Breslau, 1937, S. 58, der der Meinung ist, daß die Pflichten des einzelnen rechtlich erst dann erfaßbar seien, wenn sie auf Grund eines so umfassend abgeschlossenen Arbeitsvertrages im Arbeitsverhältnis auch für die Zukunft feststänben (S. 36). Aus der oben gegebenen Darstellung über das Wesen der Gemeinschaft ergibt sich, daß diese im schuldrechtlichen Gedanken wurzelnde Auffassung nicht haltbar ist.

[2]) Siebert, Arb. Verh. S. 87; Nikisch, Arb. R., S. 69 ff.

[3]) Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 307.

[4]) Siebert, D. Arb. R. 1937, S. 307; ähnlich Nikisch, Arb. R. S. 67 f: Nach ihm steht der „Arbeitnehmer mit seiner Arbeitskraft dem Arbeitgeber von diesem Zeitpunkt an zur Verfügung."

der Fall, daß der Unternehmer mit dem Arbeiter A vereinbart, daß dieser an einem bestimmten Tage die Arbeit bei ihm aufnimmt. Zu diesem Zeitpunkt kann A. seine Stellung aber nicht antreten, weil er krank ist. Dann beginnt trotzdem an diesem Tage das Arbeitsverhältnis, wenn beide Partner die notwendige „Arbeitsbereitschaft" zeigen.[1]) Ebenso ist das Entstehen des Arbeitsverhältnisses unabhängig von der Aufnahme der Arbeit, wenn ein Bühnenkünstler „engagiert" wird. Der Zeitpunkt der Eingliederung ist hier der ,von dem an der Bühnenkünstler zur Arbeit bereit ist und von dem an der Unternehmer über die Arbeit des Bühnenkünstlers „verfügen" kann.

Die Zweckbestimmung des Arbeitsverhältnisses, die auf Leistung von Arbeit gerichtet ist, verlangt nicht, daß diese nun auch in jedem Falle gleich von Anfang an aufgenommen werden muß. Wollte man das verlangen, dann würde man wirklich „im Tatsächlichen" haften bleiben.[2]) Das geschieht jedoch nicht, denn ein faktisches Element, das der Willensübereinstimmung selbständig gegenübertritt, ist zur Begründung des Arbeitsverhältnisses gar nicht wesensnotwendig.[3]) Das ergibt sich aus den angeführten Beispielen. Dort kann man in der Eingliederung in keiner Weise ein selbständiges faktisches Element sehen, das der auf Begründung des Arbeitsverhältnisses gerichteten Willensübereinstimmung gegenübertritt. Die Zweckbestimmung des Arbeitsverhältnisses verlangt aber mehr als einen einmal geäußerten, übereinstimmenden Willen zweier Parteien, ein solches Verhältnis begründen zu wollen. Der Eintritt in eine konkrete Gemeinschaft verlangt eine konkrete Eingliederung. In dieser verwirklicht sich die unmittelbar auf Begründung des Arbeitsverhältnisses selbst gerichtete Willensübereinstimmung.

Es ergibt sich damit, daß zur Begründung des Arbeitsverhältnisses in jedem Fall die Willensübereinstimmung erforderlich ist, daß diese aber allein nicht ausreicht. Normalerweise tritt hierzu die Aufnahme der Arbeit. Ausreichend ist aber z. B. auch, daß der Arbeiter dem Betriebsführer mitteilt oder mitteilen läßt, daß er die Arbeit aus einem wichtigen Grunde, den auch der andere Teil anerkennen muß, an dem vereinbarten Tage noch nicht aufnehmen kann, wenn beide Partner trotzdem bereit sind, daß Arbeitsverhältnis einzugehen. Ausreichend ist also, daß Arbeitsbereitschaft vorhanden ist.

---

[1]) Der Gefolgsmann hat also von diesem Tage an Anspruch auf seinen Lohn; vgl. RAG. in Arb. R. Samml. 38 S. 145 und Funk in Anm. dazu S. 147. Funck weist daraufhin, daß dieses Ergebnis des RAG. sowohl von der Eingliederungslehre als auch von der Vertragslehre geteilt wird (vgl. dazu die Literaturhinweise in der gen. Anm.) An diesem Urteil zeigt sich die erhebliche rechtliche Bedeutung der Eingliederung, die erst das Gemeinschaftsverhältnis entstehen läßt.

[2]) Diesen Vorwurf machen Hueck-N-D. (3. Aufl., § 1, Anm. 17) der dargelegten Lehre.

[3]) So Nipperdey, D. Arb. R. 1937, S. 142; das wird aber auch von Siebert nicht verlangt; vgl. D. Arb. R. 1937, S. 308; ebenso Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 293 f.

So kann sich die vorhandene Willensübereinstimmung auf verschiedene Weise äußern. Sie muß demnach im Zeitpunkt der Eingliederung also noch vorhanden sein und ist damit nicht eine neue, der Einigung gegenüberstehende Willensübereinstimmung.[1])

Eine gute Parallele zur Begründung des Arbeitsverhältnisses, an der die Situation deutlich wird, bietet die Regelung der §§ 929 ff BGB. Danach ist zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache Willensübereinstimmung und Übergabe der Sache erforderlich. Diese Übergabe muß nach herrschender Lehre eine Übergabe in Einigkeit sein.[2]) Darunter ist der Zustand der im Zeitpunkt der Übergabe noch fortdauernden Willensübereinstimmung zu verstehen. Es handelt sich hier also um dieselbe Erscheinung, wie sie bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses festgestellt wurde. Weiter ist zu berücksichtigen, daß die körperliche Übergabe nach § 929, Satz 1 BGB nur der Normalfall für die Übertragung des Eigentums ist. Statt dessen sind auch die Übergabesurrogate der §§ 929, Satz 2; 930; 931 BGB möglich. Allen Fällen ist gemeinsam das Einigsein im Zeitpunkt der Übertragung des Eigentums; es kann sich dabei auf verschiedene Weise äußern. Das entspricht ganz dem Verhältnis der Einigkeit im Zeitpunkt des Beginns der Arbeitsgemeinschaft zur tatsächlichen Arbeitsaufnahme und den übrigen oben erwähnten Fällen, in denen diese Arbeitsaufnahme aus irgendeinem wichtigen Grunde nicht stattfindet.

Es ist klar, daß die zur Begründung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Willensübereinstimmung nicht in jedem Fall ausdrücklich erklärt werden muß. Sie kann sich auch aus den Umständen des einzelnen Falles ergeben. Die Leistung tatsächlicher Arbeit reicht dazu allein allerdings nicht aus; die Umstände des einzelnen Falles müssen vielmehr eine Eingliederung des Gefolgsmannes in die Betriebsgemeinschaft erkennen lassen. Es müssen also erkennbar sein die Willensübereinstimmung zwischen dem Führer des Betriebes und dem Arbeiter und die Eingliederung des Arbeiters in die Betriebsgemeinschaft, also die „Übernahme von gemeinschaftsmäßigen Pflichten".

Welch ein praktisch sehr bedeutender Unterschied zwischen der schuldrechtlichen Arbeitsvertragslehre und der hier vertretenen personenrechtlichen Lehre besteht, zeigt ein Urteil des RAG aus der neuesten Zeit (RAG in Arb. R. Samml. 36, S. 385 ff). In diesem Urteil hält das RAG an seiner ständigen Rechtsprechung fest: Das Arbeitsverhältnis entsteht danach nur durch den Arbeitsvertrag; die einzelnen Rechte und Pflichten sind in ihm fest-

---

[1]) Auch Siebert nimmt nicht verschiedene „Rechtsgründe" für das Arbeitsverhältnis an; so aber Joerges, D. Arb. R. 1938, S. 94.

[2]) Vgl. z. B. RGR. Komm. 8. Aufl., 1934, § 929 Anm. 5; RGZ 109, 203. Hier wird natürlich der Fall besprochen, daß Willensübereinstimmung und Übergabe nicht gleichzeitig erfolgen, was ja entspr. auch für die Begründung des Arb. Verh. gilt. Auf die Problematik der Einigung d. § 929 BGB braucht hier nicht eingegangen zu werden.

gelegt und ergeben sich also auch aus ihm. Die allgemeine Treu- und Fürsorgepflicht kann den Vertrag nur beeinflussen. Der Partner des Vertrages ist auf der einen Seite der Unternehmer oder das Unternehmen. Dieses Urteil zeigt deutlich, daß das RAG der Betriebsgemeinschaft keine entscheidende rechtliche Bedeutung beimißt. Der Arbeitsvertrag begründet nämlich danach nicht die Eingliederung des einzelnen in die Betriebsgemeinschaft, sondern in den vom RAG irrtümlich als diese angesehenen Betrieb als technisch-organisatorische Einheit. Das Arbeitsverhältnis ist danach also kein Zugehörigkeitsverhältnis zur Betriebsgemeinschaft, sondern ein Vertragsverhältnis.

Diese Auffassung führt zu Ergebnissen, die nach der Bemerkung von Mansfeld zu dem Urteil „sozial alles andere als überzeugend sind." Danach erhalten nämlich die Angestellten nur von dem Betrieb Gratifikation, mit dem sie den Arbeitsvertrag geschlossen haben. Da nun nach dem dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt ein Betrieb Gratifikation zahlt, der andere mit dem ersten verbundene aber nicht, haben danach die Angestellten des letzteren keinen Anspruch darauf, obwohl sie für den ersteren ebenso arbeiten wie für „ihren Betrieb" und nach dem Sachverhalt für jenen wohl nicht weniger als dessen Angestellte.

Mansfeld sagt zustimmend in der Bemerkung zu diesem Urteil, daß es, obwohl sozial nicht überzeugend, rechtlich aber doch einwandfrei sei. Als rechtlich einwandfrei kann man es m. E. jedoch nur dann auffassen, wenn man bei dem schuldrechtlich bestimmten Arbeitsvertrag stehen bleibt. Daß die Entscheidung unseren Anschauungen vollkommen zuwiderläuft, zeigt aber gerade, daß die Lehre vom schuldrechtlichen Arbeitsvertrag nicht aufrecht erhalten werden kann, daß sie als solche rechtlich nicht haltbar ist. Die Entscheidung zeigt, daß es nicht „dahingestellt bleiben kann, ob der Arbeitsvertrag nur schuldrechtlicher oder anderer Natur ist."[1]).

Es wurde gezeigt (oben S. 5 ff), daß der vom RAG als Betriebsgemeinschaft angesehene technisch-organisatorische Betriebsbegriff dem Wesen des Arbeitsverhältnisses entsprechend nicht zu dessen Klärung herangezogen werden kann, daß man vielmehr den davon verschiedenen Betriebsbegriff im Sinne der Betriebsgemeinschaft zugrunde legen muß. Technisch-organisatorisch bestehen in dem vorliegenden Fall unbestreitbar zwei Betriebe, nämlich die beiden selbständigen juristischen Personen.

Bestehen nun aber auch zwei Betriebsgemeinschaften? Das ist m. E. zu verneinen. Es besteht nur eine konkrete Betriebsgemeinschaft, der Betriebsführer der einen juristischen Person ist zugleich auch Betriebsführer der anderen. Für die eine Betriebsgemeinschaft ist nur ein Betriebsobmann bestellt. Die Angestellten der einen juristischen Person arbeiten wechselseitig für die andere mit, und zwar in gemeinsamen Diensträumen. Alle sozialen und

---

[1]) Vgl. demgegenüber aber Mansfeld in der Bem. zu dem besprochenen Urteil.

arbeitsrechtlichen Einrichtungen sind einheitlich. Nach diesen Gegebenheiten würde es dem Begriff der konkreten Gemeinschaft zuwiderlaufen, wollte man zwei voneinander getrennte Betriebsgemeinschaften annehmen.

Das Arbeitsverhältnis stellt nach der personenrechtlichen Lehre nun das Zugehörigkeitsverhältnis zur Betriebsgemeinschaft dar (vgl. S. 26 ff). Es entsteht durch die Eingliederung des einzelnen in diese Betriebsgemeinschaft. Diese ist unbestreitbar erfolgt. Der abgeschlossene Arbeitsvertrag mit einer der beiden juristischen Personen hat m. E. nur schuldrechtlichen Charakter; er verpflichtet die Beteiligten zur Begründung des Arbeitsverhältnisses.[1]) Diese Verpflichtung ist nach dem dargelegten Sachverhalt als erfüllt anzusehen. Die tatsächliche Arbeit reicht dazu allerdings nicht aus. Der auf Zahlung der Gratifikation klagende Angestellte ist aber unter Willensübereinstimmung in die Betriebsgemeinschaft eingegliedert worden. Von den Betriebsführern wurde ihm die Erledigung bestimmter Aufgaben für beide juristische Personen übertragen. Er hat andererseits seine Pflichten als Gemeinschaftsmitglied übernommen. Die sich hierin äußernde Willensübereinstimmung erschöpft sich in der Begründung des Arbeitsverhältnisses zu den im Arbeitsvertrag (Vorvertrag) angegebenen Bedingungen. Sie kann also nicht als Grundlage für einen Anspruch auf Gratifitation angesehen werden.

Gehört nun zu den im Arbeitsvertrag angegebenen Bedingungen die Zahlung von Gratifikationen, dann hat der Angestellte ohne weiteres Anspruch darauf, wenn bei der Eingliederung kein anderer Wille erkennbar geworden ist.[2]) Ist das aber nicht der Fall, dann hat er als Angehöriger der Betriebsgemeinschaft nach dem vom RAG in ständiger Rechtsprechung betonten Grundsatz unter denselben Voraussetzungen Anspruch auf gleiche Behandlung.[3])

Damit kommt man zu einem sozial gerechten und daher m. E. auch juristisch gerechtfertigten Ergebnis. Die Vertragslehre geht demgegenüber auch noch an den Gegebenheiten des Tatbestandes vorbei. Damit, daß man sagt, die Angestellten stünden nur zu der juristischen Person in einem Arbeitsverhältnis, mit der sie den „Arbeitsvertrag" geschlossen haben, reißt man einen einheitlichen Tatbestand auseinander. Die Angestellten werden doch für eine einheitliche ganze Arbeitsleistung eingestellt, sie bekommen für diese einheitliche Leistung Lohn. Diese Leistung läßt sich nicht auseinanderreißen in eine „vertragliche" und eine „tatsächliche."

b) Aus der bisherigen Darstellung ergibt sich schon, daß das Arbeitsverhältnis nicht aufschiebend befristet sein kann. Diese Lösung wird in einem Teil des Schrifttums[4]) für diejenigen Fälle

[1]) darüber unten S. 56. ff.

[2]) vgl. dazu unten den Abschn. über „Arbeitsvereinbarungen".

[3]) So RAG in Arb. R. Samml. 32, S. 33; 33, S. 172; 35, S. 144; 35, S. 218; ebenso LAG in Arb. R. Samml. 27. S. 75; 29, S. 172; 30, S. 50.

[4]) Nipperdey. D. Arb. R. 1937, S. 144; Hueck-N-D., 3.

angewandt, in denen die Partner etwa am 1. 6. erklären, daß vom 1. 7. an ein Arbeitsverhältnis zwischen ihnen bestehen soll. Die aufschiebende Befristung soll bewirken, daß auf Grund einer gegenwärtigen Einigung zu dem verabredeten Termin die Gemeinschaft des Einzelarbeitsverhältnisses entsteht, und zwar ohne weiteres. Ganz allgemein versteht man dabei unter der aufschiebenden Befristung entweder das Hinausrücken der Wirkung des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts auf den Anfangstermin oder aber das Hinausrücken der Geltendmachung der Wirkungen des Rechtsgeschäftes, die selber alsbald eintreten.[1]) Das Rechtsgeschäft erlangt dabei also auf jeden Fall zu dem verabredeten Termin volle Wirksamkeit.

Wenn demnach A und B am 1. 6. vereinbaren, daß B. am 1. 7. die Arbeit bei A aufnehmen soll, so muß, wenn das Arbeitsverhältnis aufschiebend befristet sein soll, das Gemeinschaftsverhältnis am 1. 7. automatisch voll wirksam werden.

Dem soll der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses nicht entgegenstehen.[2]) Die Definition der aufschiebenden Befristung zeigt m. E. aber das Gegenteil. Danach ist zunächst das Hinausschieben der Wirkung des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes möglich. Das ist auch die Möglichkeit, die von Hueck-Nipperdey-Dietz angewandt wird. Dabei besteht also das Rechtsgeschäft selbst vom 1. 6. an voll gültig. Was heißt das? Das Gemeinschaftsverhältnis soll ja erst am 1. 7. beginnen. Dessen Entstehen ist die Wirkung des abgeschlossenen, vom 1. 6. an gültig bestehenden Rechtsgeschäftes, des Arbeitsvertrages. Durch diesen Arbeitsvertrag entstehen aber schon vor dem 1. 7. Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten. Zu dieser Zeit können Ansprüche zwischen ihnen bestehen. Sie können sich, da das Gemeinschaftsverhältnis erst am 1. 7. zu laufen beginnt, nur auf den Arbeitsvertrag gründen. So stützen sich etwaige Schadensersatzansprüche auf die Bindung an den abgeschlossenen Vertrag (§§ 163, 160 BGB). Es besteht also zwischen den Beteiligten vom 1. 6. an ein vom Arbeitsverhältnis verschiedenes Rechtsverhältnis. Aus welchen Gründen soll sich nun dieses auf den Arbeitsvertrag aufbauende Verhältnis am 1. 7. zu einem Gemeinschaftsverhältnis umwandeln? Offensichtlich nur deshalb, weil die Beteiligten am 1. 6. den Willen dazu geäußert haben. Dieser einmal bekundete Wille reicht aber dazu nicht aus. Oben (S. 49 ff) wurde gezeigt, daß nur dann ein Gemeinschaftsverhältnis entstehen kann, wenn in dem Zeitpunkte, in dem das Arbeitsverhältnis entstehen soll, zwischen den Beteiligten noch Willensübereinstimmung herrscht, wobei sich diese in der Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft äußert. Das ergibt sich aus der personenrechtlichen Natur des Arbeitsverhältnisses; sie verlangt eine besonders enge Verbindung der Personen,

---

Aufl. § 1, Anm. 17; Staudinger; Staudinger, 10. Aufl., Vorbem. 32 zu § 611; Nikisch, Festschr. f. Lehm. S. 296; Hueck, Dtsch. Arb. R., S. 70; ebenso natürlich die Entscheidungen des RAG, die den schuldrechtlichen Arbeitsvertrag bestehen lassen wollen: So noch RAG in Arb. R. Samml. 33, S. 172; 36, S 385.

[1]) Soergel, BGB, 6. Aufl. 1937, § 163, Anm. 2

[2]) Hueck-N-D., 3. Aufl., § 1, Anm. 17.

die diese selbst erfaßt (oben S. 19 ff). Die Zweckbestimmung des Arbeitsverhältnisses erfordert den Einsatz der Persönlichkeit im Sinne des Zweckes der Arbeitsgemeinschaft. Daher kann also das Arbeitsverhältnis am 1. 7. erst dann entstehen, wenn der Arbeiter zu diesem Zeitpunkt seine Stellung antritt, wenn er also zumindest seine Arbeitsbereitschaft zeigt. Gibt man aber die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis aufschiebend befristet zu begründen, nimmt man also an, daß es zu einem späteren Termin automatisch entstehen kann, dann läßt man das Wesen des personenrechtlichen Rechtsverhältnisses außer Betracht. Man schafft damit die Fiktion eines Gemeinschaftsverhältnisses, das in Wirklichkeit ein Vertragsverhältnis ist.

Die andere Möglichkeit, die aufschiebende Befristung aufzufassen, ist für die Begründung des Arbeitsverhältnisses erst recht nicht denkbar. Sie widerspricht erst recht dem Wesen des Arbeitsverhältnisses. Danach sollen nämlich die Wirkungen des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes bereits von Anfang an eintreten, nur soll ihre Geltendmachung erst von dem späteren Termin an möglich sein. Das würde für das obige Beispiel bedeuten, daß schon vom 1. 6. an zwischen den Beteiligten ein Gemeinschaftsverhältnis bestände, daß die Wirkungen aber erst vom 1. 7. an zu laufen begännen.

Die Unanwendbarkeit des Rechtsinstituts der aufschiebenden Befristung wird besonders deutlich ersichtlich, wenn etwa der Unternehmer (Betriebsführer) die Beschäftigung des Arbeiters zu dem verabredeten Termin rechtswidrig verweigert oder wenn der Arbeiter die Arbeit ohne Grund nicht aufnimmt. Ist die hier abgelehnte Konstruktion schon unmöglich, wenn diese Besonderheit nicht vorliegt, so ist sie erst recht undenkbar, wenn die Beteiligten ihren Willen gegen die Begründung des Arbeitsverhältnisses zum Ausdruck bringen. Das Wesen der konkreten Gemeinschaft steht dem entgegen. Es kann keine solche Gemeinschaft entstehen, wenn die Beteiligten gar nicht den Willen zu deren Begründung haben.[1]) Daran kann sich auch nichts dadurch ändern, daß dieser Wille ursprünglich vorhanden war.[2])

Das Ergebnis mutet auf den ersten Blick vielleicht etwas willkürlich an, wenn man bedenkt, daß danach dann, wenn B. nun etwa eine Stunde gearbeitet hat, sich dann aber eines anderen besinnt und seinen Arbeitsplatz mit dem Entschluß verläßt, nicht wiederzukommen, das Arbeitsverhältnis entstanden ist.[3]) Das ist aber ein Grenzfall. Wie überall solche Fälle in Kauf genommen werden müssen, so auch hier. Jedenfalls vermag diese Gegenüberstellung das wesensmäßige Erfordernis, daß der Wille zur Gemeinschaftsbegründung im Augenblick der Begründung vorhanden sein muß, nicht zu entkräften.

---

[1]) vgl. Siebert, D. Arb. R. 1937, S 308.

[2]) a. A. Staudinger, 10. Aufl., Vorbem. 32 zu § 611; Hueck-N-D., 3. Aufl., § 1 Anm. 17 und das dort angeführte Schrifttum.

Eine einmal vorhanden gewesene Willenseinigung läßt ein Arbeitsverhältnis also nicht entstehen, das dann, wenn der Wille

C. Der Vorvertrag.

Bisher wurde gezeigt, daß die Willensübereinstimmung vom 1. 6. darüber, daß am 1. 7. ein Arbeitsverhältnis begründet werden soll, dann zu diesem Arbeitsverhältnis führt, wenn noch zu diesem Zeitpunkt über den tatsächlichen Beginn des Verhältnisses Einigkeit besteht.

Zu dieser Vereinbarung vom 1. 6. wird aber vielfach noch eine Verpflichtung zur Begründung des Arbeitsverhältnisses hinzugetreten. Da es sich um eine verpflichtende Vereinbarung handelt, wird sie im Schrifttum als Vertrag angesehen und da dieser Vertrag zur Begründung des Arbeitsverhältnisses verpflichtet, als Vorvertrag bezeichnet.[1]) Diese Bezeichnung soll dafür auch hier verwandt werden. An einem praktischen Beispiel dargestellt, handelt es sich dabei um folgenden Fall: Der Unternehmer A und der Arbeiter B verpflichten sich am 1. 6., daß B. am 1. 7. die Arbeit bei A. aufnimmt. Die Verpflichtung des A. geht dabei dahin, den B. am 1. 7. in die Betriebsgemeinschaft einzugliedern und diejenige des B., bei der Eingliederung mitzuwirken, also vor allem, am 1. 7. die Stellung anzutreten. Dieser Vorvertrag kann nach dem oben (S. 34 ff) über die Begründung des Arbeitsverhältnisses Gesagten nur die Wirkung haben, daß die Verpflichtung sich in dem Zusammenwirken zur Eingehung des Gemeinschaftsverhältnisses erschöpft. Ansprüche, insbesondere Schadensersatzansprüche dürfen demnach daraus nur insoweit abgeleitet werden, als es sich um diese Verpflichtung oder um deren Verletzung handelt. Darüber hinaus, also vor allem nach Erfüllung der Verpflichtung, ist dieser Vorvertrag als Anspruchsgrundlage unmöglich. Ferner ist das Vorhandensein des Vorvertrages für das spätere Gemeinschaftsverhältnis nicht erforderlich.[2]) Die Elemente des Begründungsvorganges sind oben (S. 46 ff) dargestellt worden. Der Vorvertrag braucht daher zur Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht vorhanden zu sein, er kann es aber.

---

später wegfällt, sich etwa in ein Vorarbeitsverhältnis verwandeln würde. Vgl. aber Joerges, D. Arb. R. 1938, S. 94.

*) Dieser Einwand wurde von Nipperdey gemacht (D. Arb. R., 1937, S. 145).

[1]) Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 309; Nikisch, Arb. R. 1938, S. 70; ders. Festschr. f. Lehm., S. 294. (Verpflichtungsvertrag, Vorvertrag.) Auch Rhode (Ak. Z. 1936, S. 371 ff) sieht darin einen Vertrag; er rechnet dazu aber auch Vereinbarung über Lohn, Urlaub usw.

[2]) Siebert, Arb. Verh. S. 88.

I. Die Rechtsnatur dieses Vertrages.

1. Hinsichtlich der Rechtsnatur des Vorvertrages bestehen noch erhebliche Unklarheiten.[1]) Zu einer Klärung kommt man am besten, wenn man zunächst den allgemeinen Begriff des Vorvertrages erörtert, da man dann diesen mit den Erfordernissen vergleichen kann, die sich aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses ergeben. Unter dem Vorvertrag wird allgemein derjenige schuldrechtliche Vertrag verstanden, durch den die Verpflichtung zum Abschluß eines anderen schuldrechtlichen Vertrages übernommen wird[2]). Beim „Vorvertrag" des Arbeitsrechts geht die Verpflichtung nun dahin, bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses mitzuwirken. Es wurde gezeigt, daß es sich bei dieser Begründung nicht um einen schuldrechtlichen Vertrag handelt. Insofern kann also die allgemeine Definition des Vorvertrages nicht schlechthin derjenigen des Arbeitsvorvertrages gleichgesetzt werden. Man kann daraus aber auch nicht schließen, daß nun die Rechtsnatur des arbeitsrechtlichen Vorvertrages derjenigen des Arbeitsverhältnisses gleichgesetzt werden müßte, denn das Verhältnis der rechtlichen Struktur des Vorvertrages zum Arbeitsverhältnis ist anders als dasjenige des schuldrechtlichen Vorvertrages zum schuldrechtlichen Hauptvertrage.[3])

2. Im Gegensatz zu diesen Ausführungen steht die frühere Auffassung von Siebert[4]). Er ging dabei davon aus, daß sich die Voraussetzungen des Vorvertrages nach denen des Hauptvertrages zu bestimmen hätten. Als Beispiel führte er an, daß dann, wenn der Hauptvertrag formbedürftig sei, dasselbe auch für den Vorvertrag zu gelten hätte. Daraus schloß Siebert, daß der genannte Satz umsomehr Geltung haben müsse, wenn es sich um die Begründung eines Gliedschaftsverhältnisses innerhalb der konkreten Betriebsgemeinschaft handele, und kam so zu der Wesenseinheit zwischen Arbeitsverhältnis und Vorvertrag.

Dagegen ist anzuführen, daß man daraus, daß dann, wenn der Hauptvertrag formbedürftig ist, dasselbe für den Vorvertrag gilt, nicht auf eine Wesensgleichheit beider Verträge schließen kann. Diese Regelung gilt doch nur, weil sonst die Formvorschriften umgangen werden könnten[5]), also nicht wegen einer etwaigen Wesensgleichheit beider Verträge.

---

[1]) Hier scheiden natürlich alle diejenigen aus, die das Arbeitsverhältnis durch einen „einheitlichen" Arbeitsvertrag begründen wollen. Vgl. Staudinger, 10. Aufl., Vorbem. 32 zu § 611.

[2]) Enneccerus-Nipperdey, BGB I, 13. Bearb., 1931, § 153, IV; Lehmann, BGB, Allgem. Teil, 4. Aufl., 1933, S. 234 f.

[3]) Es ist daher wohl besser, wenn im Schrifttum im Anschluß an Nikisch (Ihrings Jahrb. 80, S. 1 ff) statt vom Vorvertrag vom Anstellungsvertrag gesprochen wird.

[4]) Arb. Verh., S. 87 f; ders. Ak Z., 1936, S. 94. Dort wird aber der Begriff des Vorvertrages weiter gefaßt als es hier geschieht. Vgl. auch Schoan Ak. Z., 1936, S. 712.

[5]) RGZ 106, 176; 124, 83.

Man kann auch, wie bereits erwähnt wurde, nicht daraus, daß dem schuldrechtlichen Hauptvertrag ein ebensolcher Vorvertrag entspricht, schließen, daß dasselbe auch für das personenrechtliche Arbeitsverhältnis gelten müßte. Auch der Versuch, eine Wesensgleichheit deswegen anzunehmen, weil eine solche zwischen Verlöbnis und Ehestand besteht, ist m. E. nicht möglich. Es lassen sich daraus keine Schlüsse ziehen, weil das Verlöbnis bereits eine konkrete Gemeinschaft begründet, die, wenn sie auch auf Eingehung der Ehe gerichtet ist, doch schon für sich selbständig besteht. Das Vorarbeitsverhältnis, also das zwischen Unternehmer und zukünftigem Gefolgsmann bestehende Verhältnis vor dessen Eingliederung ist aber keine konkrete Gemeinschaft; diese entsteht ja erst mit der Eingliederung[1]).

3. Wenn auch nicht totale Wesenseinheit, so aber doch weitgehende Beeinflussung des Vorarbeitsverhältnisses durch das Arbeitsverhältnis verlangt Siebert neuerdings[2]). Er kommt auf folgende Überlegung hin zu diesem Ergebnis: Zwar werden durch die Vorvereinbarung (Vorvertrag) beiderseitige Verpflichtungen begründet. Das ist aber kein Versprechen des Güteraustausches im Sinne eines Schuldvertrages. Aus dem arbeitsrechtlichen Ziel und dem besonderen Inhalt dieser Verpflichtung ergibt sich vielmehr eine gewisse „Angliederung" des künftigen Gefolgsmannes an den Betrieb. Das wird sichtbar in einer bestimmten, dem Arbeitsverhältnis gegenüber allerdings schwächeren Treuepflicht, die durch besondere Vereinbarungen, so z. B. durch Lohnzahlung schon während der Zeit des Vorarbeitsverhältnisses noch verstärkt werden kann. Es wird dabei von einer stufenweise sich vollziehenden Eingliederung gesprochen. Daher soll man nicht von einem schuldrechtlichen Vorvertrag sprechen können, sondern nur von einer Vereinbarung eigener Art, die jedenfalls mehr personenrechtlich als schuldrechtlich sei.

4. Diese Auffassung geht m. E. zu sehr vom Wesen des Arbeitsverhältnisses aus. Es wurde bereits gezeigt, daß die Begründung des Arbeitsverhältnisses ganz dessen Wesensgesetzen unterstehen muß. Das scheint mir aber beim Vorvertrag nicht der Fall zu sein.

Wenn sich z. B. A. und B. am 1. 6. verpflichten, daß B. am 1. 7. in den Betrieb des A. als Buchhalter eintreten soll, dann ist hierbei wesentlich, daß A. und B. beiderseitige Verpflichtungen begründen[3]). Diese Verpflichtungen gehen, wie schon gesagt, beim Unternehmer auf Einstellung und beim zukünftigen Gefolgsmann auf Antritt der Stellung. Aus dem besonderen arbeitsrechtlichen Ziel und dem besonderen Inhalt dieser Verpflichtung, die auf beiden Seiten einen Willen zu zukünftigem Einsatz und zukünftiger Einordnung in eine Arbeitsgemeinschaft zum Ausdruck bringt, soll

[1]) Vgl. dazu Schoan, Ak.Z., 1936, S. 712.
[2]) D. Arb. R., 1937, S. 309.
[3]) So Siebert, D. Arb. R. 1937, S. 309, Nikisch, Festschr. f. Lehmann, S. 294.

sich nun bereits eine gewisse „Angliederung" an die Betriebsgemeinschaft ergeben. Es soll sich nicht um ein Versprechen des Güteraustausches im Sinne des Schuldvertrages handeln.

Ein Güteraustausch findet hier allerdings nicht statt. Aber der schuldrechtliche Vertrag beschränkt sich nicht darauf, sondern er erstreckt sich auf den Rechtsverkehr. Was ist nun darunter zu verstehen? Um Rechtsverkehr handelt es sich immer dort, „wo die Volksgenossen im Rahmen der völkischen Ordnung Leistungen und Güter ... austauschen, sich versprechen oder gewähren." „Dabei wird es sich regelmäßig um Leistungen oder Güter von wirtschaftlichem Werte handeln, doch braucht das nicht notwendig der Fall zu sein. Auch rein subjektive und ideelle in Geld nicht abschätzbare Interessen können mit den Mitteln rechtlicher Gestaltung verfolgt werden".[1]) Es muß sich dabei nur immer um Einzelleistungen handeln[2]). Da diese Leistungen auch nichtwirtschaftlicher Art sein können, können sie auch in der Mitwirkung der Beteiligten bei der Eingliederung des zukünftigen Gefolgsmannes bestehen.

Es steht damit bis jetzt fest, daß der Vorvertrag des Arbeitsrechts nicht notwendig den Wesensgesetzen des Arbeitsverhältnisses unterworfen sein muß. Wenn nun bewiesen wird, daß das auch tatsächlich nicht der Fall ist, dann kann man daraus schließen, daß der Vorvertrag ein schuldrechtlicher Vertrag ist, denn es handelt sich bei ihm um beiderseitige Verpflichtungen zu einer Leistung. Dazu ist davon auszugehen, daß zur Begründung des Arbeitsverhältnisses nur die Eingliederung erforderlich ist, daß also ein Vorvertrag gar nicht abgeschlossen zu werden braucht. Wird er aber eingegangen, so handelt er sich nur um das Versprechen einer Leistung. Der Inhalt dieser Verpflichtung geht m. E. nur auf eine Leistung. Daß eine zukünftige Eingliederung in eine Gemeinschaft und ein zukünftiger Einsatz darin erreicht werden soll, wird dabei doch wohl bloß erstrebt. Das ist das Ziel, aber nicht der Inhalt des Versprechens, die zur Begründung der Gemeinschaft erst erforderliche Leistung zu bewirken. Gerade die rechtliche Erfassung des Arbeitsverhältnisses als Gemeinschaftsverhältnis verlangt eine solche Auffassung[3]), denn das Arbeitsverhältnis verlangt den Einsatz der Persönlichkeit oder aber zumindest die unmittelbare Bereitschaft zu diesem Einsatz. Personenrechtliche Wirkungen zeitigt also auch erst das Arbeitsverhältnis selbst. Der Wille zu zukünftigem Einsatz kann dazu noch nicht ausreichen. Damit steht m. E. fest, daß zwischen Arbeitsverhältnis und Vorvertrag keine Wesenseinheit bestehen kann, daß der Vorvertrag auch nicht dem Einfluß des Arbeitsverhältnisses zu unterwerfen ist. Es steht also auch nichts im Wege, den Vorvertrag als schuldrechtlichen Vertrag anzusehen[4]).

[1]) Larenz, Vertrag u. Unrecht I, 1936, S. 17 f.
[2]) Westphal, D. Arb. R., 1938, S. 330.
[3]) Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 295.
[4]) Vgl. Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 294 f (zweiseitiger, wenn auch kein gegenseitiger Vertrag). Ders. Arb. R., 1938, S.

a) Nun entstehen mit Abschluß dieses Vorvertrages zweifellos schon gewisse Rechtsbeziehungen, die über die in ihm enthaltene eigentliche Verpflichtung hinausgehen. Diese Pflichten ergeben sich aus einer Treuebindung, die zwischen den Beteiligten durch den Vertragsabschluß entsteht[1]). Es kommen als solche z. B. in Betracht: die Unterlassung von Wettbewerbshandlungen, die Pflicht, das Ansehen der Betriebsgemeinschaft nicht herabzusetzen. Fraglich erscheint nur, worin diese Treuebindung begründet ist. Es kann sein, daß es sich um eine Vorwirkung des Arbeitsverhältnisses handelt. Da nun die Treuebindung in den einzelnen Fällen verschieden stark sein kann[2]), kann man sagen, daß die in dem zukünftigen Arbeitsverhältnis vorhandene Treuebindung sich verschieden stark auf das Vorarbeitsverhältnis auswirkt, je nachdem, wieweit „eine Angliederung" als gegeben angesehen wird.[3])

Es steht aber auch nichts im Wege, diese Treuebindung als eine solche des schuldrechtlichen Vertrages anzusehen;[4]) auch bei einem solchen Vertrage kann die Treuebindung verschieden stark sein. Das richtet sich nach dem Verpflichtungsgrad und dem jeweiligen Inhalt des Vertrages. Zu dieser Folgerung kommt man, wenn man die heutige Bedeutung der Treuebindung im schuldrechtlichen Vertrage berücksichtigt. Die gesetzlichen Grundlagen dieser Treuebindung sind die §§ 157, 242 BGB. Diese Bestimmungen sind als konkrete Anforderungen zu werten, denn da der Rechtsverkehr, also das Gebiet des schuldrechtlichen Vertrages nicht neben, sondern nur „in der Gesamtordnung des Volkes möglich ist," ist dieser Vertrag ein Gestaltungsmittel der völkischen Ordnung. Daher muß sich auch jeder Vertrag in die völkische Ordnung einfügen. Aus diesem Grunde ist unter „Treu und Glauben" das Gebot zu verstehen, „in jeder Lage das Vertrauen des anderen zu rechtfertigen, die Treue und Redlichkeit zu wahren, wie sie unter deutschen Volksgenossen üblich und erforderlich ist. Welches Verhalten im einzelnen aber dieses Gebot erfordert, das ergibt sich jeweils aus der konkreten Lage"[5]). Aus diesem Grunde ist es möglich, daß die Treuebindung des Vorvertrages im Arbeitsrecht bedeutend stärker ist als etwa die aus einem Lieferungsvertrage, obwohl beide Verhältnisse als schuldrechtliche Verträge an-

---

69; Huber, J. W., 1937, S. 1113; Rhode, Ak. Z, 1936; S. 371 ff; ders. Dtsch. R. 1938, S. 445; Mansfeld, J. W., 1936, S. 483; ebenso Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 45. Diese Ansicht ist aber in D. Arb. R., 1937, S. 309, aufgegeben worden.

[1]) Nikisch, a. a. O., S. 295; Schoan, Ak Z., 1936, S. 712; Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 309.

[2]) Vgl. Nikisch, a. a. O., S. 295; Siebert, D. Arb. R., 1937 S. 309.

[3]) Vgl. Anm. 2.

[4]) Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 45; dazu auch Mansfeld, D. Arb. R. 1936, S. 122.

[5]) Larenz, Vertrag u. Unrecht I, 1936, S. 15 ff, S. 32 f und S. 109.

zusehen sind. So kann sich auch die Treuebindung des Vorvertrages an diejenige des Arbeitsverhältnisses annähern.

Bei dieser umfassenden Bedeutung der Treuebindung im heutigen Schuldrecht wird es möglich, die Treuepflicht, die zwischen Abschluß des Vorvertrages und Begründung des Arbeitsverhältnisses vorhanden ist, auch als eine solche des schuldrechtlichen Verhältnisses anzusehen.

b) Ansprüche, die zwischen den Beteiligten während dieser Zeit entstehen, sind also solche schuldrechtlicher Art. Sie gehen grundsätzlich auf Mitwirkung bei der Eingliederung aus. Wird dabei z. B. von der Seite des Einzugliedernden die Mitwirkung bei der Eingliederung verweigert, so steht dem anderen Teil eine Klage auf Vertragserfüllung zu, die aber wegen § 888, Abs. 2, ZPO wenig praktischen Wert hat. Daneben ist jedoch die Schadensersatzpflicht des Gefolgsmannes wegen schuldhafter Nichterfüllung gegeben[1]).

Diese Auffassung ist nun aber nicht identisch mit derjenigen, die einen einheitlichen Arbeitsvertrag, also keinen Vorvertrag annimmt.[2]) Nach der hier vertretenen Ansicht hat der Vertragspartner einen schuldrechtlichen Anspruch auf Erfüllung des Vorvertrages, gerichtet auf Begründung des Arbeitsverhältnisses. Nach der Arbeitsvertragslehre, die annimmt, daß das Arbeitsverhältnis zu dem vereinbarten Termin ohne weiteres entsteht, geht der Anspruch dagegen auf Erfüllung des Arbeitsverhältnisses.

Noch deutlicher wird der Unterschied, wenn der Unternehmer (Betriebsführer) die Eingliederung verweigert. Hier kommt der Unternehmer z. B. nach Nipperdey in Annahmeverzug; der Gefolgsmann hat einen Lohnanspruch[3]). Das ist aber dieselbe Auffassung, wie sie nach dem Dienstvertragsrecht des BGB gilt: § 615 BGB. Daran zeigt sich ein besonders deutlicher schuldrechtlicher Zug des „personenrechtlichen, einheitlichen Arbeitsvertrages". Da nämlich der Gefolgsmann noch nicht eingegliedert ist, also noch nicht beschäftigt wird, müßte sein Anspruch auf Eingliederung gehen. Das ist aber nicht der Fall, sondern es wird lediglich der schon früher gegebene Lohnanspruch geltend gemacht[4]).

Nach der hier vertretenen Ansicht dagegen hat der Gefolgsmann einen Anspruch aus dem schuldrechtlichen Vorvertrag auf Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft und entsprechend hat der Unternehmer einen Anspruch auf Mitwirkung bei dieser Eingliederung. Verstößt der Unternehmer gegen diese für ihn bestehende Pflicht, so haftet er bei schuldhafter Vertragsverletzung regelmäßig auf vollen Schadenersatz. Er hat also z. B. alle Aufwendungen zu ersetzen, die der Vertragspartner im Hinblick auf

---

[1]) Nikisch, Festschr. f. Lehm., S 294.

[2]) Also besonders Mansfeld, D. Arb. R., 1936, S. 118 ff; Nipperdey, D. Arb. R., 1937, S. 142 ff; Hueck-N D., 3. Aufl., § 1; Anm. 17; Staudinger, 10. Aufl. Vorbem. 32 zu § 611.

[3]) Nipperdey, D. Arb. R., 1937, S. 145

[4]) Vgl. dazu Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 294.

die zukünftige Stellung gemacht hat[1]). Zu dem Schaden würden z. B. also die Kosten für das Aufsuchen einer anderen Stellung, ferner auch der Lohn, den der Vertragspartner von dem Unternehmer aus dem Arbeitsverhältnis erhalten haben würde, gehören. Die Höhe würde sich nach den einschlägigen Betriebs- und Tariffordernungen richten[2]).

Eine Schwierigkeit besteht hinsichtlich der Frage des Pfändungsschutzes für diese Schadensersatzsumme. Siebert[3]) schlägt für diese Fälle, in denen Schadensersatzansprüche anstelle von Lohnansprüchen treten, vor, die Vorschriften über den Lohnschutz ohne weiteres anzuwenden oder aber das Gesetz insoweit abzuändern. Von der hier vertretenen Ansicht aus ist eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften am Platze.

Diese Lösung ist kein Umweg. Sie ergibt sich vielmehr zwangsläufig aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses als einem konkreten Gemeinschaftsverhältnis. Erst dann, wenn der Gefolgsmann in die Betriebsgemeinschaft eingegliedert ist, stehen ihm Ansprüche aus diesem Zugehörigkeitsverhältnis zu.

In dem seltenen Falle, wo eine Eingliederung aus einem von keinem der Vertragspartner zu vertretenden Grunde nicht möglich ist, wird es nicht unbillig sein, wenn der Vertragspartner keinen „Lohn" oder Schadensersatz bekommt[4]).

Es ist hier noch auf die von Siebert[5]) im Zusammenhang mit der Frage, welche Wirkungen der Vorvertrag zeitigt, gebrachten Fälle einzugehen, in denen besondere einzelne Wirkungen des Vorarbeitsverhältnisses vereinbart werden, also z. B. die Vereinbarung, daß der Einzugliedernde für die Zeit vor der Eingliederung „Lohn" erhalten soll. Zu dem gleichen Ergebnis wie Siebert kommt man nach der hier vertretenen Ansicht in den folgenden beiden Fällen. Danach ist der vereinbarte Betrag kein Lohn, sondern Entgelt für die übernommene Verpflichtung, sich in den Betrieb eingliedern zu lassen, wenn der „Gefolgsmann" während dieser Zeit noch in einem anderen Betriebe beschäftigt ist, aber auch, wenn er während der Zeit überhaupt nicht arbeitet. Es handelt sich bei der ersten Variation um eine rein schuldrechtliche Verpflichtung des Unternehmers. Daher besteht kein Lohnschutz für das Entgelt, es gelten auch nicht Tarifordnung und Betriebsordnung. Ferner besteht keine arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht des Unternehmers. Dieselbe Regelung ist aber auch bei der zweiten Variation am Platze, da auch hier kein Lohn gezahlt wird, sondern ein Bindegeld.

Eine unterschiedliche Lösung ergibt sich jedoch in dem von Siebert behandelten dritten Fall, wo der Gefolgsmann auf der Arbeitssuche ist und sofort in einen Betrieb eintreten möchte, also z. B. am 1. 6. Der Unternehmer, der diesen Arbeiter gern ein-

---

[1]) Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 295.
[2]) Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 339 f.
[3]) D. Arb. R., 1937, S. 340.
[4]) Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 295.
[5]) D. Arb. R., 1937, S. 338 f.

stellen möchte, eine Stelle aber erst am 1. 7. freimachen kann, erreicht es, daß der Arbeiter gegen „Lohnzahlung" vom 1. 6. ab am 1. 7. die Arbeit bei ihm aufnimmt. Hier soll der Gefolgsmann nach Siebert möglichst so gestellt werden, als ob er schon am 1. 6. in den Betrieb eingegliedert worden wäre. Zwar ist auch hier nach der Lehre von Siebert kein Arbeitsverhältnis entstanden, aber der Vorvertrag soll schon bewirken, daß eine weitgehende „Angliederung" an das Arbeitsverhältnis stattfindet. Daher soll der Unternehmer die materielle Sorge wie bei einem im Arbeitsverhältnis stehenden Gefolgschaftsmitglied übernehmen. Die Bestimmungen des Lohnschutzes und ebenso diejenigen der Tarifordnung und der Betriebsordnung sollen eingreifen. Die Tarifordnung gilt zwar nur für die „Beschäftigten" und die Betriebsordnung für die „Betriebsangehörigen" (§§ 30, 32 AOG). Aber durch die Lohnvereinbarung in dem Vorvertrag sollen nach Siebert die Wirkungen des Arbeitsverhältnisses in diesem Punkte vorverlegt worden sein. Eine solche Vorverlegung soll allerdings nur möglich sein bei denjenigen Bestimmungen von Tarifordnung und Betriebsordnung, die „vorverlegungsfähig" sind, d. h. besonders also bei denjenigen, die nicht unmittelbar an eine Arbeitsleistung anknüpfen. Im übrigen aber sollen es die Beteiligten in der Hand haben, wieweit sich die Vorwirkungen des Arbeitsverhältnisses erstrecken sollen.

Dazu ist zu sagen, daß in diesem Falle der Arbeitsuchende zweifellos größeren Schutz verdient als in den beiden anderen, daß auch dessen materielle Stellung von dem Unternehmer möglichst in demselben Maße zu sichern ist wie diejenige des eingegliederten Gefolgsmannes. Die Durchführung dieser Lösung muß aber im Hinblick auf das Wesen der Arbeitsgemeinschaft, die sich durch den Einsatz der Persönlichkeit, zumindest aber durch die — auch zeitlich — unmittelbare Bereitschaft dazu ausgezeichnet, willkürlich erscheinen. Von der hier vertretenen Auffassung aus erscheint es konsequenter, wenn man von dem schuldrechtlichen Vorvertrage ausgeht, der sich in der Mitwirkung bei der Eingliederung erschöpft, der bis dahin aber auch andere Wirkungen zeitigen kann. Dadurch erreicht man, daß die Konstruktion weniger kompliziert wird.[1])

Auf diesem Wege kommt man auch zu einem brauchbaren Ergebnis, wenn man berücksichtigt, daß der Begriff von Treu und Glauben eine konkrete Anforderung darstellt, die in den einzelnen Fällen verschieden stark ist. Treu und Glauben erfordern dann in diesem Falle, daß der zukünftige Gefolgsmann materiell so gestellt werden muß, als ob er die Arbeit sofort aufgenommen hätte. Er muß also den vollen „Lohn" erhalten, den er nach der Tarifordnung und der Betriebsordnung bekommen würde, wenn er von Anfang an Gefolgschaftsmitglied wäre, aber auf Grund seines schuldrechtlichen aus dem Vorvertrag herrührenden Anspruches[2]).

[1]) Vgl. dazu Nipperdey, D. Arb. R., 1937, S. 144, Anm. 6.

[2]) Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 45. Vgl. dazu auch Fall 4 bei Mansfeld, D. Arb. R., 1936, S. 121 ff. Dabei ist die hohe Gehaltszahlung in diesem Falle kein „Kaufpreis", sondern ein schuldrechtlich versprochenes Bindegeld.

Wie verhält es sich nun aber mit dem Lohnschutz, der nach Siebert in diesem Falle dem zukünftigen Gefolgsmann gewährt werden muß? Im Gegensatz zur Siebertschen Lehre handelt es sich nach der hier vertretenen Auffassung um einen schuldrechtlichen Anspruch aus dem Vorvertrag gegen den Unternehmer als Vertragspartner. Daher ist ein Lohnschutz nach den bis jetzt geltenden Bestimmungen nicht möglich. Das kann jedoch kein Grund sein, von der hier gegebenen Lösung abzuweichen, denn es wäre verfehlt und für die Rechtsentwicklung hemmend, wollte man unter allen Umständen die Anwendung früher erlassener Gesetzesbestimmungen erreichen, die auf ganz anderer Grundlage aufbauen.

II. Das Verhältnis des Vorvertrages zur Eingliederung.

Die bisherigen Ausführungen gründen sich darauf, daß bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses zwei verschiedene Willensübereinstimmungen vorkommen können: Zunächst kann die Willensübereinstimmung des schuldrechtlichen Vorvertrages vorliegen; sodann muß zur Eingliederung des zukünftigen Gefolgsmannes eine Willensübereinstimmung vorhanden sein, die unmittelbar auf Begründung des Arbeitsverhältnisses gerichtet ist und regelmäßig in der Eingliederung selbst zum Ausdruck kommt.

Zur Klärung der Stellung des Vorvertrages ist nun noch erforderlich, das Verhältnis dieser beiden Willensübereinstimmungen zu einander zu erörtern. Nipperdey[1]) hat die Situation dahingehend gekennzeichnet, daß er der Eingliederungstheorie eine Dreigliederung[2]) zum Vorwurf macht, der er seine „Einheitstheorie" gegenüberstellt, die nur den einheitlichen Arbeitsvertrag kennt. Dazu ist hier zu sagen, daß auch diese „Einheitstheorie" keinen einheitlichen Begründungstatbestand aufweist und auch gar nicht aufweisen kann.[3]) Es wird zwar gesagt, daß auch das Versprechen der Zusammenarbeit, die Bindung an das gegebene Wort „durchaus gemeinschaftsbildend sei und die Person unmittelbar erfasse"[4]). Andererseits wird aber zugegeben, daß „natürlich noch nicht alle Wirkungen des Arbeitsverhältnisses mit Abschluß des Vertrages entstehen könnten." Diese Wirkungen, insbesondere Treue- und Fürsorgepflicht sollen erst mit der Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft entstehen. Das ist eine Kompromißlösung, die dadurch gekennzeichnet wird, daß man Ansprüche bis zur Eingliederung aus dem abgeschlossenen Arbeitsvertrag herleitet, nach der Eingliederung aber zwar nicht die sich aus der Betriebszugehörigkeit ergebende Treuebindung als technische causa ansieht, jedoch die Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis auf der Treue beruhen läßt als dem „tiefsten und stärksten Rechtsgrund, den wir über-

[1]) D. Arb. R., 1937, S. 142 ff.

[2]) Neben Vorvertrag und Eingliederung wird von der Eingliederungstheorie noch die Arbeitsvereinbarung zugelassen. Darüber weiter unten.

[3]) siehe dazu insbs. Siebert, D. Arb. R, 1937, S. 340f.

[4]) Nipperdey, D. Arb. R., 1937, S. 146. Gegen diese Auffassung einer „personenrechtlichen Rechtsbeziehung" wendet sich zu Recht Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 306; vgl. auch oben S. 37 ff.

haupt kennen"[1]). Sehr klar kommt die Haltung zum Ausdruck bei Etzler[2]). Er sagt, daß der Arbeitsvertrag „die im Arbeitsverhältnis enthaltene Treue und Fürsorge, die personenrechtliche Verbundenheit und das Gliedschaftsverhältnis" noch nicht erzeugt, sondern nur gegenseitige Rechte und Pflichten, und zwar solche schuldrechtlicher Art. Dann aber soll dieser Vertrag auf einmal durch die faktische Eingliederung seine bisherigen schuldrechtlichen und vertraglichen Eigenschaften ablegen und sich zu einem personenrechtlichen Gliedschaftsverhältnis „verstärken". Das ist die Konstruktion, die, wenn auch z.T. verdeckt, von den Vertretern der Arbeitsvertragslehre angewandt wird. Diese „Verstärkung vom schuldrechtlichen Vertrag zum personenrechtlichen Verhältnis" ist aber ein künstliches Gebilde.

Ebenso ist im Grunde genommen die Haltung derjenigen Auffassung, die den Arbeitsvertrag ausdrücklich als personenrechtlichen Vertrag bezeichnet und konsequent aus der Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft Ansprüche herleitet, die diese also auf § 2, Abs. 2, AOG gründet, die aber den Arbeitsvertrag im Sinne einer bloßen Willenseinigung als Begründungsakt selbst genügen lassen will.[3]) Das zeigt sich deutlich daran, daß man nach dieser Anschauung ein Arbeitsverhältnis ohne weiteres durch bloße Willensübereinstimmung zu einem späteren Termin begründen kann[4]). Da danach das personenrechtliche Arbeitsverhältnis erst zu dem vereinbarten Termin entstehen soll, da also erst von diesem Zeitpunkt an § 2, Abs. 2 AOG als Anspruchsgrundlage in Frage kommen kann, müssen Ansprüche, die vor diesem Zeitpunkt entstehen, sich auf den Arbeitsvertrag stützen, der doch ausschließlich ein gemeinschaftsbegründender Vertrag sein soll. So gründen sich etwaige Schadensersatzansprüche auf die Bindung an den abgeschlossenen Vertrag (§§ 163, 160 BGB). Also ist auch hier die Grundlage für Ansprüche auf der einen Seite der Arbeitsvertrag, auf der anderen Seite das Zugehörigkeitsverhältnis zur Betriebsgemeinschaft.

Andererseits erscheint aber auch die von der personenrechtlichen Lehre vertretene Auffassung als zu weitgehend, die eine Einheit zwischen Vorvertrag und Begründungsvorgang vom Gesichtspunkt der konkreten Betriebsgemeinschaft aus annimmt. Es kann weder eine Einheit erzielt werden vom Vertragsverhältnis her, noch von dem Wesen der Betriebsgemeinschaft aus. Dagegen spricht die Strukturverschiedenheit von Vorvertrag und Arbeitsverhältnis. Zwar wird man in dem Verpflichtungsvertrag, der z. B. am 1. 6. zum 1. 7. abgeschlossenn wird, neben der beiderseitigen Verpflichtung zur Begründung des Arbeitsverhältnisses in vielen Fällen auch noch die Willenseinigung über die Eingliederung selbst

[1]) Vgl. Siebert, Dtsch. R., 1936, S. 105, zit. v. Mansfeld, D. Arb. R., 1936, S. 124.

[2]) Diss., Breslau, 1937, S. 60 f.

[3]) Also besonders Hueck-N-D., 3. Aufl., § 1, Anm. 17, § 2 Anm. 16 s; Staudinger, 10. Aufl., Vorbem. 26 u. 32 zu § 611.

[4]) Vgl. oben S. 53 ff.

sehen können, die als solche allerdings noch nicht zum Arbeitsverhältnis führt. Beide Willensübereinstimmungen unterscheiden sich aber von einander. Die eine geht auf eine schuldrechtliche Verpflichtung, die andere unmittelbar auf Begründung eines Gemeinschaftsverhältnisses. Danach bilden Vorvertrag und Eingliederung keine Einheit. Eine „formale Einheit der Konstruktion hat für sich aber keinen eigenen Wert; wo sie die natürliche Gliederung verdeckt, wirkt sie sogar schädlich"[1]). Insoweit besteht also zwischen der von Siebert in D. Arb. R., 1937, S. 305 ff. dargelegten Lehre und der hier vertretenen Auffassung kein Unterschied.

Soweit das aber der Fall ist, also wo Siebert von der Vorwirkung des Arbeitsverhältnisses spricht, während hier von vertraglicher Treuebindung gesprochen wird, ist noch auf folgendes hinzuweisen: Siebert erreicht durch seine Lehre eine stufenweise Eingliederung. Aber auch nach der hier vertretenen Auffassung ist dasselbe zu erreichen. Da die vertragliche Treuebindung sich in ihrer Stärke nach dem konkreten Fall richtet, kann sie auch so stark sein, daß sie derjenigen des personenrechtlichen Arbeitsverhältnisses angenähert ist. Das würde z. B. der Fall sein, wenn der Unternehmer A. den zukünftigen Gefolgsmann B. am 1. 6 zum 1. 7. verpflichtet, ihm für diese Zwischenzeit „Lohn" zahlt und ihn zur Einarbeitung in sein künftiges Arbeitsgebiet in Betriebsgeheimnisse einweiht.

D. Die Arbeitsvereinbarungen.

Mit der Eingliederung ist nun aber nicht immer ein voll ausgestaltetes Arbeitsverhältnis entstanden. Das wäre nur dann der Fall, wenn der Gefolgsmann in ein vollkommen fertig normiertes Arbeitsverhältnis eintreten würde. So liegen die Verhältnisse aber nicht. Zwar ist das Arbeitsverhältnis „im wesentlichen fertig normiert"[2]), d. h. es steht, wie das bei jeder Gemeinschaft der Fall ist, in seinen Grundzügen fest[3]). Diese Grundzüge ergeben sich aus dem Wesen der Gemeinschaft und deren jeweiligem Zweck. Im einzelnen müssen jedoch die Ordnungen der Gemeinschaft z. T. näher ausgestaltet werden. Für das Arbeitsverhältnis gilt das sowohl dann, wenn sich überhaupt noch keine konkrete Ordnung gebildet hat, als auch dann, wenn eine Betriebsordnung vorhanden ist, denn es ist „rechtspolitisch erwünscht und praktisch notwendig, daß die Arbeitsbedingungen, insbesondere Lohn, Urlaubs- und sonstige Pflichten der Beteiligten möglichst konkret und klar ge-

[1]) Siebert. D. Arb. R., 1937, S. 340; ebenso Nikisch, Festschr. f. Lehmann, S. 295, der zum Vergleich die doppelte Einigung bei Verlöbnis und Eheschließung, ferner bei Kauf und späterer Übereignung der Ware heranzieht und dabei feststellt, daß dort an der doppelten Einigung auch niemand Anstoß genommen hat.

[2]) So Kreller, Arch. Ziv. Prax. 122, 20.

[3]) Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 297 f.

regelt sind."[1]) Die Notwendigkeit ergibt sich auch aus dem AOG, das vom Leistungslohn ausgeht. Infolgedessen handelt es sich bei Regelungen der Betriebsordnung und der Tarifordnung nur um Mindestsätze (§§ 29; 32, Abs. 2. AOG). Eine nähere Ausgestaltung gerade der Lohnbedingungen muß daher immer in besonderen Vereinbarungen zwischen dem Unternehmer (Betriebsführer) und dem einzelnen Gefolgsmann erfolgen.[2]).

Diese Abmachungen werden im arbeitsrechtlichen Schrifttum als „gestaltende" oder „zusätzliche Vereinbarungen" bezeichnet, oder auch als „Arbeitsvereinbarungen" oder „Arbeitsverträge". Arbeitsvereinbarungen sind demnach alle diejenigen Abmachungen, die durch Willensübereinstimmung zwischen Unternehmer (Betriebsführer) und Gefolgsmann entstehen und die die Gemeinschaftsordnung für die Beteiligten ausdrücklich ergänzen oder, soweit das möglich ist, abändern.[3])

Man dart dabei aber nicht an die Ausfüllung von Lücken denken, die in der Gemeinschaftsordnung etwa bestehen könnten und daher auszufüllen wären. Wenn einmal ein Arbeitsverhältnis begründet worden ist, kann es solche Lücken nicht geben. Dort, wo eine ausdrückliche Regelung in Tarifordnung, Betriebsordnung und Führerentscheidung fehlt, greift unmittelbar § 2, Abs. 2, AOG ein, aus dem sich einzelne Pflichten und Ansprüche ableiten lassen, durch den also in jedem Falle die Stellung des einzelnen Gefolgsmannes festgelegt ist[4]).

Dabei kann nun aber nicht jede Pflicht, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergibt, durch eine Arbeitsvereinbarung wegbedungen werden, so gerade nicht die Pflichten, die das Wesen des Arbeitsverhältnisses ausmachen: z. B. die Treue- und Fürsorgepflicht.[5])

[1]) Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 47.

[2]) Diese Regelung wurde allerdings stark eingeschränkt durch die Lohngestaltungs-VO vom 25. 6. 1938 und vom 7. 12. 1938. Danach konnten in bestimmten Wirtschaftszweigen durch die Reichstreuhänder der Arbeit Löhne mit bindender Wirkung nach oben festgesetzt werden.

Diese Einschränkung ist durch die Kriegswirtschafts-VO vom 4. 9. 1939 zu einer zwingenden allgemein gültigen Vorschrift geworden. Die letztere Maßnahme ist ihrer Natur nach aber wohl nur vorübergehend.

[3]) Klausing, Unternehmer und Betriebsführer, S. 11 f, charakterisiert sie als individuelle Beziehung zwischen Unternehmer und Gefolgsmann. Das gibt jedoch die Situation nicht klar wieder. Es kann sich nicht um eine individuelle Stellung handeln, die der Gefolgsmann zum Unternehmer erreicht, sondern immer nur um eine besondere Stellung innerhalb der Gemeinschaft. Wenn ein Gefolgsmann eine leitende Stellung bekommt, dann ist das nicht nur für dessen Beziehung zum Unternehmer von Bedeutung, sondern auch für diejenige gegenüber den übrigen Gefolgschaftsmitgliedern.

[4]) Vgl. z. B. Siebert, Dtsch. R. Wiss., 1936, S. 250. ders. D; Arb.R., 1937, S. 46 f.; Rhode, Ak. Z., 1936, S. 373.; vgl. auch oben S. 27 ff.

[5]) Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 298.

I. Die Rechtsnatur der Arbeitsvereinbarungen.

1. Aus den früheren Darstellungen ergibt sich schon, daß die gestaltenden Arbeitsvereinbarungen, ebenso wie das bei der Eingliederung und dem Vorvertrag der Fall ist, stark umstritten sind. Diejenige Lehre, die von dem „einheitlichen Arbeitsvertrag" ausgeht, lehnt besondere zusätzliche Vereinbarungen überhaupt ab. Sie läßt nur den Arbeitsvertrag gelten. Das gilt sowohl für diejenigen Schriftsteller, die dem Arbeitsvertrage noch wesentliche schuldrechtliche Elemente ausdrücklich zuerkennen als auch für diejenigen, die in ihm einen gemeinschaftsbegründeten Vertrag erblicken[1]). Es wird auch hier natürlich anerkannt, daß eine Gestaltung der Arbeitsgemeinschaft durch Vereinbarung möglich ist. Aber diese Gestaltung soll durch den „einheitlichen Arbeitsvertrag" erfolgen[2]).

Eine andere Haltung scheint Mansfeld[3]) einzunehmen. Er erkennt nämlich ausdrücklich an, daß die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse durch besondere Vereinbarungen erfolgen kann. In Wirklichkeit weicht diese Auffassung von derjenigen der „Einheitstheorie" kaum ab. Mansfeld will wohl nur sagen, daß neben dem das Arbeitsverhältnis begründenden Vertrag noch solche möglich sind über Lohnhöhe, Urlaub usw. Er sieht aber keinen Unterschied zwischen dem das Arbeitsverhältnis begründenden Rechtsgeschäft und diesen Vereinbarungen. Das zeigt die Frage nach der causa für Ansprüche, die etwa der Gefolgsmann des gestalteten Arbeitsverhältnisses hat. Da zeigt sich, daß ganz allgemein das Versprechen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann, das auf gemeinsames Schaffen und auf Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses geht, die Anspruchsgrundlage darstellen soll.[4]) Deutlicher muß es wohl heißen, die Verpflichtung, Ansprüche zu erfüllen, ergibt sich in jedem Fall aus dem schuldrechtlich gesehenen Vertrage. Damit steht Mansfeld auf demselben Standpunkt wie die Anhänger der „Einheitstheorie".

2. Demgegenüber wird von den Vertretern der personenrechtlichen Lehre die Bedeutung der gestaltenden Arbeitsvereinbarung hervorgehoben.[5])

a.) Über die rechtliche Ausgestaltung dieser Vereinbarungen besteht zwischen ihnen aber keine Einigkeit. Ein wesentlicher Unterschied besteht vor allem zwischen der Auffassung von Siebert und derjenigen von Rhode. Siebert geht davon aus, daß die Stel-

[1]) Vgl. oben S. 34 ff und S. 46 ff.

[2]) Nipperdey, D. Arb. R., 1937, S. 142 ff; Wernicke, Betr. Gem. u. Arb. Vertr., S. 45; Hueck, Dtsch. Arb. R. S. 70 ff; Kinkel, S. 14 ff; Staudinger, 10. Aufl., Vorbem. 32 zu § 611.

[3]) D. Arb. R., 1936, S. 127 f.

[4]) Mansfeld, a. a. O., S. 129.

[5]) Siebert, Arb. Verh. S. 85; ders. D. Arb. R., 1937, S. 48; Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 297 f; Rhode, Ak. Z., 1936, S. 371 ff; ders Ak. Z., 1937, S. 203 ff.

lung des Gefolgsmannes in der Ordnung des Betriebes ihre Grundlage hat. Daneben abgeschlossene Vereinbarungen tragen zusätzlichen Charakter; in ihrer Wirkung gestalten sie die Ordnung näher aus, die sich neben Tarifordnung und Betriebsordnung auch unmittelbar aus § 2 AOG ergibt. So gesehen sind diese Vereinbarungen „nicht Grundlage und Rechtsgrund des Arbeitsverhältnisses"[1]). Umgekehrt findet vielmehr die gestaltende Vereinbarung oder der Arbeitsvertrag[2]) seine Grundlage in dem Arbeitsverhältnis. Demnach ergeben sich also Ansprüche nicht aus der Vereinbarung, sondern aus der Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft, die durch das Arbeitsverhältnis vermittelt wird und die durch die Einzelvereinbarung gegenüber der allgemein gültigen Ordnung modifiziert ist. Diese Arbeitsvereinbarung kann daher nach Siebert auch nur dem Wesen des Arbeitsverhältnisses entsprechen.

Im übrigen kann die zusätzliche Vereinbarung zeitlich der Begründung des Arbeitsverhältnisses vorausgehen, sie kann z. B. mit dem Vorvertrag zusammenfallen, sie kann zeitlich mit der Eingliederung zusammenfallen, sie kann aber auch später abgeschlossen werden[3]). Nur muß beachtet werden, daß sie im Sinne von Siebert immer nur zum Arbeitsverhältnis hinzutreten kann. Wird sie also vorher abgeschlossen, so handelt es sich um eine vorweggenommene Vereinbarung.

b) Diese Auffassung hat nun Rhode in bestimmter Weise eingeschränkt[4]). Er erkennt wie Siebert an, daß der Arbeitsvertrag oder die Arbeitsvereinbarung[5]) grundsätzlich kein Eigendasein führt. Das ergibt sich nach ihm daraus, daß, soweit der Arbeitsvertrag sich mit dem Arbeitsverhältnis deckt, er ausgefüllt und daher unbeachtlich ist[6]). Das heißt, sobald die Vereinbarung Inhalt des Arbeitsverhältnisses geworden ist, ist sie erfüllt und besteht damit nicht mehr selbständig für sich. Dann besteht zwischen Vereinbarung und Arbeitsverhältnis eine Einheit. Ansprüche des Gefolgsmannes ergeben sich aus seiner Stellung in der Betriebsgemeinschaft.

Nun ist aber zu beachten, daß die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses nicht die einzige Wirkung ist, die die Arbeitsvereinbarung zeitigen kann. Das zeigt sich an dem Beispiel, daß etwa eine Vereinbarung über außertariflichen Lohn anläßlich eines Vorvertrages getroffen wird. Diese Vereinbarung trägt schuldrecht-

[1]) Siebert, Arb. Verh. S. 85; Dtsch. R. Wiss. 1936, S. 250 f Ak. Z., 1936, S. 94 f und D. Arb. R., 1937, S. 48; ebenso Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 298.

[2]) Es versteht sich von selbst, daß dieser Vertragsbegriff ein anderer ist als derjenige von Mansfeld und Nipperdey.

[3]) Siebert, Ak. Z., 1936, S. 94 f.

[4]) Rhode, Ak. Z., 1936, S. 371 ff; ders. Ak. Z., 1937 S. 203 ff und Dtsch. R., 1938, S. 443 ff.

[5]) Unter Arbeitsvertrag versteht Rhode Vorvertrag und zusätzliche Vereinbarung.

[6]) Rhode, Ak. Z., 1936, S. 373; Ak. Z., 1937 S. 203 ff u. Dtsch. R., 1938, S. 445.

liche Züge, sie ist ein Teil des Vorvertrages. In ihr verpflichten sich die Beteiligten, ein Arbeitsverhältnis zu diesen Bedingungen einzugehen. Wird das Arbeitsverhältnis später begründet, dann tritt es, wenn nicht ein anderer Wille erkennbar ist, zu diesen Bedingungen in Kraft, ist also mit der Eingliederung des Gefolgschaftsmitgliedes bereits gestaltet. Hier besteht also ein bedeutender Unterschied zwischen der Verpflichtung und der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses. Es ist derselbe Unterschied wie derjenige zwischen Vorvertrag und Eingliederung.

Dasselbe muß auch dann gelten, wenn das Arbeitsverhältnis am 1. 6. bereits zu Tarifbedingungen besteht und wenn an diesem Tage zum 1. 7. außertariflicher Lohn vereinbart wird. Genau so wenig wie im ersten Falle das Arbeitsverhältnis durch den Verpflichtungsvertrag ausgestaltet wird, ebensowenig kann im zweiten Falle die Willensübereinstimmung allein zur Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses ausreichen. Sie wird meistens nichts anderes darstellen als die schuldrechtlichen Verpflichtung dazu. Rhode hat zu Recht daraut hingewiesen, daß diese Verpflichtung allein neben Gesetz, Tarifordnung und Betriebsordnung keine gestaltende Kraft haben kann, daß die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses vielmehr erst mit deren Durchführung eintritt.[1]) Es wäre „Fiktion und Verleugnung des Grundgedankens der Betriebsgemeinschaft, wollte man das, was nur versprochen, aber im Gemeinschaftsleben nicht Wirklichkeit geworden ist, nur deshalb als Ausfluß der Gemeinschaftsstellung ansehen, weil es eben versprochen ist"[2]). Die Verpflichtung ist also so zu behandeln wie der Vorvertrag, ja man kann sagen, der Verpflichtungsvertrag zur Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses gehört wesensmäßig zum Vorvertrag hinzu. Wollte man nämlich nur die Verpflichtung zur Begründung des Arbeitsverhältnisses anerkennen, so wäre das willkürlich, denn in dieser Form allein kommen Verpflichtungsgeschäfte im Arbeitsrecht wohl kaum vor.

Diese Auffassung erkennt also für die Rechtsbeziehung zwischen Unternehmer (Führer des Betriebes) und Gefolgsmann zwei mögliche Quellen an. Dasselbe wurde ja auch bereits bei der Erörterung des Vorvertrages gezeigt (S. 57 ff). Einmal wurde dargestellt, daß Ansprüche des Gefolgsmannes nur aus dem Zugehörigkeitsverhältnis zur Betrietsgemeinschaft hergeleitet werden können. Andererseits wurde aber auch dargelegt, daß dann, wenn es nicht zur Eingliederung gekommen ist, schuldrechtliche Ansprüche aus dem Vorvertrag erwachsen.

Dasselbe muß für die zusätzlichen Vereinbarungen gelten. Diese werden nur dann Bestandteil der Gemeinschaftsordnung, d. h. sie gestalten erst dann die Ordnung, wenn sie auch darin aufgenommen werden. Ist das nicht der Fall, wird die Durchführung des Vereinbarten z. B. verweigert, so bestehen nach der dargestellten Ansicht nur schuldreechtliche Ansprüche. Das ist zu begründen. Die Begründung kann man aber nicht, wie Rhode es tut,[3])

[1]) Ak. Z., 1937, S. 206.
[2]) Rhode, Ak. Z., 1936, S. 373.
[3]) Rhode, Ak. Z. 1936, S. 373 ff; ders. Ak. Z. 1937, S. 206.

mit einer Trennung zwischen der Stellung des Unternehmers und derjenigen des Betriebsführers führen, wobei dann dem Unternehmer der Abschluß des schuldrechtlichen Vertrages vorbehalten bleiben soll, während der Führer des Betriebes diese Vereinbarung zur Ordnung der Betriebsgemeinschaft erheben soll. Oben (S. 26 ff) wurde bereits dargelegt, daß in den Fällen, in denen der Unternehmer als Eigentümer der Betriebsmittel nicht fähig ist, Betriebsführer zu sein, als Treuhänder des Unternehmers anzusehen ist. Er wird daher, ebenso wie er die Arbeitsverhältnisse begründet, auch die entsprechenden Verpflichtungsverträge eingehen.

Weiter läßt sich die Rechtsnatur der zusätzlichen Vereinbarungen m. E. nicht damit begründen, daß Fälle herangezogen werden, in denen die Höhe des „Lohnes" nicht mit der Stellung des betreffenden Gefolgsmannes vereinbar ist[1]). Wo ein wirkliches Mißverhältnis zwischen der Stellung des Gefolgsmannes im Betriebe und dem „Lohn" besteht, da wird man, soweit sich der „Lohn" nicht mit der Stellung des Gefolgsmannes vereinbaren läßt, nicht von einer Arbeitsvereinbarung sprechen können. Man wird insoweit vielmehr einen selbständigen schuldrechtlichen Vertrag annehmen müssen, auf den die Betriebsgemeinschaft von außen her im Wege der Auslegung einwirkt.[2]).

Der Grund, weshalb bloße Vereinbarungen nicht Inhalt des Arbeitsverhältnisses werden können, ist ein anderer. Er erklärt sich aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses als eines Gemeinschaftsverhältnisses. Zur konkreten Ordnung eines Gemeinschaftsverhältnisses gehört eine Vereinbarung erst dann, wenn sie zum Inhalt dieser Ordnung gemacht wird (vgl. oben S. 34 ff). Bloße Versprechungen reichen dazu nicht aus. Ebenso wie das Versprechen oder die Verpflichtung, ein Arbeitsverhältnis zu begründen, nicht die Begründung des Arbeitsverhältnisses darstellt, genau so stellt die Verpflichtung, das Versprechen zur Gestaltung des Arbeitsverhältnisses noch nicht die Gestaltung selbst dar. Versprechungen gehören nicht zur konkreten Ordnung eines Gemeinschaftsverhältnisses. Sie sind schuldrechtlicher Natur und unterstehen aus denselben Gründen nicht der Beeinflussung der personenrechtlichen Gemeinschaft wie der Vorvertrag.

Das mögen folgende Fälle veranschaulichen: Bei Abschluß des Vorvertrages am 1. 6. wird zwischen dem Unternehmer A und dem Arbeiter B vereinbart, daß gleich vom Antritt der Stellung am 1. 7. an übertariflicher Lohn gezahlt wird. Wenn kein anderer Wille erkennbar wird, beginnt, wie bereits dargelegt wurde, das so ausgestattete Arbeitsverhältnis am 1. 7. bei Antritt der Stellung. Wenn nun aber der Unternehmer den Arbeiter zu Tarifbedingungen einstellt. Ist dann auch das Arbeitsverhältnis vereinbarungsgemäß gestaltet? Hier wird klar, daß die Vereinbarung vom 1. 6. lediglich schuldrechtlicher Natur sein kann. Sie ist über die schuldrechtliche, verpflichtende Wirkung nicht hinausgekommen. Die

[1]) Rhode Ak. Z., 1936, S. 374.
[2]) Siebert, D. Arb. R. 1937, S. 46, Anm. 6.

Wirkungen, die sie zeigt, sind dieselben wie die des Vorvertrages. Dieser verpflichtet beide Teile zum Zusammenwirken bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, die Vereinbarung entsprechend zur Ausgestaltung der Arbeitsordnung.

Dasselbe gilt auch dann, wenn ein bereits bestehendes Arbeitsverhältnis gestaltet werden soll. Wenn der Unternehmer A und der Arbeiter B am 1. 6. vereinbaren, daß B. vom 1. 7. ab als Vorarbeiter mit entsprechender Entlohnung beschäftigt werden soll, dann ist das Arbeitsverhältnis des B vom 1. 7. ab nur dann gestaltet, wenn die Versprechungen vom 1. 6. auch erfüllt werden. Wenn am 1. 7. nichts geschieht, wenn B. also zu den alten Bedingungen weiter als Arbeiter beschäftigt wird, dann ist das Arbeitsverhältnis nicht gestaltet. Auch hier zeigt sich, daß die Versprechungen vom 1. 6. wie der Vorvertrag schuldrechtlichen Charakter haben. Es bestehen hier dieselben Beziehungen wie zwischen Vorvertrag und Eingliederung. Wird die Arbeitsvereinbarung nicht erfüllt, dann entstehen schuldrechtliche Ansprüche. Wird sie erfüllt, dann wird das Arbeitsverhältnis gestaltet. Die Gestaltung besteht entsprechend wie die Begründung des Arbeitsverhältnisses in der unter Willensübereinstimmung vorgenommenen Änderung der bestehenden Ordnung.

Wie der Vorvertrag braucht auch die zur Gestaltung verpflichtende Vereinbarung nicht vorhanden zu sein; sie kann es aber. So kann also zeitweise neben dem personenrechtlichen Arbeitsverhältnis ein schuldrechtlicher Vertrag bestehen.

Es mag nun in einzelnen Fällen nicht einfach sein, zu erkennen, ob zu dem angegebenen Zeitpunkt die schuldrechtliche Vereinbarung erfüllt ist oder nicht. In den Fällen, in denen mit der Gestaltung eine äußerlich sichtbare Änderung eintritt, ist das leicht. Wo das aber nicht der Fall ist, wird man eine Gestaltung dann annehmen können, wenn zu dem vereinbartem Zeitpunkt nicht ein gegenseitiger Wille erkennbar wird. So wird man eine Gestaltung des Arbeitsverhältnisses zum 1. 7. dann annehmen können, wenn am 1. 6. vereinbart worden ist, daß von diesem Termin an höherer Lohn gezahlt wird, wenn am 1. 7. kein anderer Wille erkennbar ist.

II. Der Unterschied der gestaltenden Vereinbarungen zu den anderen Gestaltungsmitteln.

Die Arbeitsvereinbarungen sind Gestaltungsmittel wie Gesetz, Tarifordnung, Betriebsordnung und Einzelentscheidung des Betriebsführers. Zu diesen besteht aber doch ein bedeutender Unterschied. Er ergibt sich daraus, daß der Initiative des einzelnen Rechnung getragen wird und besteht darin, daß die übrigen Gestaltungsmittel das einzelne Arbeitsverhältnis unmittelbar ergreifen, während das bei der Arbeitsvereinbarung nur dann der Fall ist, wenn sie besonders zum Inhalt der Ordnung des Gemeinschaftsverhältnisses gemacht wird.

III. Die Ansprüche aus den Arbeitsvereinbarungen.

Bisher wurde dargelegt, welche Wirkungen die Arbeitsvereinbarungen ihrem Zweck gemäß normalerweise haben: die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses. Kommt es dazu, dann ist die Arbeitsvereinbarung erfüllt. Ansprüche leiten sich dann nicht mehr aus dieser her, sondern aus der Zugehörigkeit des Gefolgsmannes zur Betriebsgemeinschaft. Wenn es dazu nicht kommt, wenn die Verpflichtung aus dem schuldrechtlichen Vertrage also verweigert wird, dann entstehen ebenso wie beim Vorvertrag schuldrechtliche Ersatzansprüche.[1]) Da es sich aber um zusätzliche Vereinbarungen handelt, können Ersatzansprüche selbständig daraus naturgemäß nur dann geltend gemacht werden, wenn das Arbeitsverhältnis selbst entstanden ist. Andernfalls können solche Vereinbarungen nur die Höhe des Schadens beeinflussen, der aus der Nichterfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtung auf Begründung des Arbeitsverhältnisses aus dem Vorvertrag entsteht.[2])

Schließlich bleibt noch zu betonen, daß die Verpflichtung zur Gestaltung der Arbeitsgemeinschaft nicht erforderlich ist. Sie kann ebenso wie der Vorvertrag fehlen, da zur Gestaltung selbst nur der unmittelbar darauf gerichtete Wille erforderlich ist.

---

[1]) Vgl. oben S. 61 ff.
[2]) Vgl. oben S. 61 ff.

E. Die Stellung des Entwurfs zu Eingliederung, Vorvertrag und zusätzlicher Vereinbarung.

Nachdem bisher die zur Begründung des Arbeitsverhältnisses erforderlichen und im Zusammenhang damit möglichen Elemente dargestellt worden sind, kann die Stellungnahme des Entwurfs der Akademie für Deutsches Recht dazu erörtert werden. Es ist bereits dargelegt worden, (oben S. 32 ff) daß der Entwurf ebenso wie die Arbeitsvertragslehre vom isolierten Arbeitsverhältnis ausgeht und eine Verbindung zur Betriebsgemeinschaft lediglich darin sieht, daß die Regeln darüber im Wege der Auslegung Anwendung finden sollen. Von dieser Feststellung ist auszugehen, wenn man die Auffassung des Entwurfs kennzeichnen will.

Zur Begründung des Arbeitsverhältnisses ist nach dem Entwurf der Arbeitsvertrag erforderlich (§ 1 Abs. 2). Nach der hier vertretenen Ansicht entsteht das Arbeitsverhältnis durch die Willensübereinstimmung im Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses und den Eintritt in die Betriebsgemeinschaft. Da es eine weitverbreitete Auffassung ist, daß jede Willensübereinstimmung ein Vertrag ist, ist mit dieser Gegenüberstellung aber noch nichts gewonnen. Daher ist auf das Wesen des vom Entwurf geforderten Arbeitsvertrages einzugehen.

Wesentlich ist da zunächst, daß gefordert werden muß, daß die zustandegekommene Willensübereinstimmung zu dem als Beginn des Arbeitsverhältnisses vereinbarten Zeitpunkt fortdauert. Davon sagt der Entwurf nichts. Er ist davon ausgegangen, daß heute insoweit Einigkeit besteht, als zur Begründung des Arbeitsverhältnisses Willensübereinstimmung erforderlich ist[1]). Da sich die beiden gegenüberstehenden Anschauungen im praktischen Ergebnis stark genähert haben[2]), hat der Entwurf zu dieser Frage nicht Stellung genommen. Er steht auf dem Standpunkt, daß mit dem Abschluß des Arbeitsvertrages das Arbeitsverhältnis automatisch in dem vorgesehenen Zeitpunkt beginnt. Die Begründung für diese Lösung wird darin gesehen, daß ja auch die Gegenmeimeinung in dem hier entscheidenden Falle, daß die Einstellung in den Betrieb oder daß die Arbeitsaufnahme verweigert wird, zu demselben Ergebnis komme. Auch Siebert[3]) gewähre in diesem Falle einen klagbaren Anspruch aus dem ursprünglichen Vertrage, der auf Vertragserfüllung gehe.

Das kommt praktisch zwar auf dasselbe hinaus. Und doch bestehen erhebliche Strukturunterschiede. Nach dem Entwurf soll doch der einheitliche Arbeitsvertrag lediglich gemeinschaftsbegründende Wirkung haben. Ansprüche sollen sich demgemäß aus der

---

[1]) Hueck, Ak. Z., 1938, S. 298; ders. D. Arb. R., 1938, S. 180 ff, wobei betont wird, daß es nicht die Aufgabe des Gesetzes sein könne, einen wissenschaftlichen Streit zu beenden.

[2]) Hueck, D. Arb. R. 1938, S. 181.

[3]) D. Arb. R., 1937, S. 340; ebenso Nikisch, Arb. R., 1938 S. 70.

Gliedstellung des Gefolgsmannes ergeben[1]). Hier aber wird doch der Anspruch auf eben diesen „gemeinschaftsbegründenden" Vertrag gestützt, der damit also zumindest bis zur Arbeitsaufnahme ein wesentlich schuldrechtliches Element erhält. Weil in dem Arbeitsvertrag etwas versprochen wurde, knüpfen sich an ihn Ansprüche. Das zeigt, daß dieser Arbeitsvertrag nicht nur konstitutiven Charakter hat.

Demgegenüber stützt die personenrechtliche Lehre aber den Anspruch auf den Vorvertrag. Dieser unterliegt nach Siebert zwar dem Wesen des Arbeitsverhältnisses, er trägt nach ihm aber doch auch schuldrechtliche Züge. Das gilt nach der hier vertretenen Auffassung in verstärktem Maße, da hier mit Nikisch und Rhode der Vorvertrag als schuldrechtlicher Vertrag angesehen wird.

Wenn auch der Entwurf nicht in die wissenschaftliche Erörterung der Probleme eingreifen kann, so zeigt sich hier doch ein erheblicher systematischer Unterschied. Der Entwurf geht vom „einheitlichen Arbeitsvertrag" aus, der das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis begründen und gestalten soll. Er steht damit auf demselben Standpunkt wie die Lehre, die den Arbeitsvertrag aufrecht erhalten will. Es wurde bereits bei der Erörterung dieser Lehre gezeigt, (oben S. 46 ff), daß sie, wenn sich auch nach ihr grundsätzlich Ansprüche und Verpflichtungen erst aus dem Arbeitsverhältnis ergeben, doch wesentliche schuldrechtliche Züge enthält. Bis zu dem Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme oder besser des Entstehens der Arbeitsgemeinschaft geht auch der Entwurf in Wirklichkeit von einem schuldrechtlich bestimmten Vertrage aus; nach diesem Zeitpunkt legt er allerdings das Gemeinschaftsverhältnis zugrunde. Das kommt z. B. in § 9, Abs. 1 des Entwurfs zum Ausdruck. Danach ist eine Anfechtungsmöglichkeit bis zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme gegeben. Angefochten wird dabei der Arbeitsvertrag. Nachher ist diese Möglichkeit nicht mehr vorhanden, denn es ist ja nun ein Gemeinschaftsverhältnis entstanden[2]). Man geht also auf der einen Seite vom Vertrage aus, auf der anderen vom Gemeinschaftsverhältnis. Das ist aber „ein unüberbrückbarer Riß"[3]), denn „eine Synthese zwischen Gemeinschaftsrecht und Vertragsrecht gibt es eben einfach nicht"[4]). Da es nun aber vor dem eigentlichen Arbeitsverhältnis schuldrechtliche Beziehungen gibt, erscheint es konsequenter, auch zwischen dem Vorvertrag und dem durch die Eingliederung entstandenen Arbeitsverhältnis zu unterscheiden.[5]).

---

[1]) Begründung S. 43.
[2]) Begründung S. 51.
[3]) Rhode, Ak. Z., 1937, S. 205.
[4]) Hastler, Dtsch. R., 1938, S. 450.
[5]) Der Entwurf unterscheidet ja in Wirklichkeit selbst diese beiden Rechtsverhältnisse. Erst wenn „eine wirkliche Gemeinschaft" entstanden ist, können die schuldrechtlichen Regeln über Anfechtbarkeit und Nichtigkeit nicht mehr angewandt werden (Begründung S. 51).

Derselbe Standpunkt wird hinsichtlich der zusätzlichen Vereinbarungen vertreten. § 1, Abs. 2 des Entwurfs lautet, daß der Arbeitsvertrag die das Arbeitsverhältnis begründende und gestaltende Einigung sei. In § 9, Abs. 2 heißt es dann, daß das Recht der Anfechtung trotz der in Abs. 1 erfolgten allgemeinen Einschränkung des Anfechtungsrechtes durch die Aufnahme der Arbeit hinsichtlich der Vereinbarungen über einzelne Arbeitsbedingungen nicht berührt wird. Nun ist zwar zuzugeben, daß man wegen einzelner Bedingungen nicht gleich das ganze Arbeitsverhältnis aufheben kann. Aber der Arbeitsvertrag begründet oder gestaltet doch ein Gemeinschaftsverhältnis. Wenn dieses aber erst in der bestimmt ausgestalteten Form besteht, dann ist der „gestaltende Arbeitsvertrag" Stück dieser Ordnung geworden, die sich nicht mehr rückwirkend verändern läßt[1]).

Wenn man auch das Arbeitsverhältnis als „ein auf Ehre, Treue und Fürsorge gegründetes Gemeinschaftsverhältnis", ansieht (§ 1 des Entwurfs), so zeigt die praktische Durchführung doch, daß das Arbeitsverhältnis des Entwurfs nicht vollkommen als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ausgestaltet wurde. Die Regelung erklärt sich nur daraus, daß man zwar die Arbeitsgemeinschaft anerkennt, dieser aber den „einheitlichen Arbeitsvertrag" zugrundelegt.

---

[1]) Ebenso Rhode, Dtsch. R., 1938, S. 446.

F. In welchem Zeitpunkt werden arbeitsrechtliche Vorschriften wirksam?

Nach übereinstimmender Meinung, wenn auch bei im übrigen unterschiedlicher Auffassung, ergeben sich bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich zwei wichtige Zeitpunkte: 1. der Zeitpunkt, in dem eine vertragliche Bindung eingegangen wird (nach der hier vertretenen Ansicht der Zeitpunkt des Vorvertrages) und 2. der Zeitpunkt, in dem die Stellung angetreten wird (also der Zeitpunkt der Eingliederung). Für die Praxis des Arbeitslebens ist es nun wichtig, in welchem dieser beiden Zeitpunkte die wesentlichsten arbeitsrechtlichen Vorschriften wirksam werden. Gleichzeitig läßt sich an der gesetzlichen Regelung dieser Frage feststellen, ob die hier durchgeführte Unterscheidung zwischen schuldrechtlichem Vorvertrag und personenrechtlicher Eingliederung gerechtfertigt ist.

I. Die Einheit des Arbeitsrechts.

Bei der Prüfung dieser Frage können nebeneinander etwa die Einwirkungen der Tarifordnung neben denen der Betriebsordnung, des Kündigungs- und Lohnschutzes, aber auch solche des Arbeitseinsatzes und des Arbeitsschutzes geprüft werden. Das bedarf einer näheren Erörterung, da früher zwischen Arbeitsvertragsrecht, Arbeitsschutzrecht und Arbeitseinsatzrecht streng geschieden wurde[1]). Es gibt auch heute noch eine Lehre, die diese Trennung aufrecht hält.

Diese Unterscheidung zwischen Arbeitsvertragsrecht und Arbeitsschutzrecht sollte früher darauf beruhen, daß beide Gebiete einen wesensverschiedenen Inhalt hätten. Es wurde unterschieden zwischen den privatrechtlichen Fürsorgepflichten des Unternehmers gegenüber dem Beschäftigten und denjenigen öffentlich-rechtlicher Natur, die dem Staat gegenüber bestehen sollten[2]). Zwar sollten Vorschriften aus beiden Gebieten ganz gleichmäßig dem Schutz des Arbeitnehmers dienen. Die Unterscheidung sollte sich nach den Mitteln ergeben, die zur Durchführung der Normen gegeben waren. Waren privatrechtliche Ansprüche gegeben, so lag Arbeitsvertragsrecht vor, waren öffentlich-rechtliche Mittel anwendbar, dann handelte es sich um Arbeitsschutzrecht[3]). Nur dann, wenn die Arbeitsschutzpflichten auch Vertragspflichten sein konnten, wenn sie also „positive Handlungspflichten" begründeten, sollten sie auch Arbeitsvertragspflichten sein können.[4])

---

[1]) So z. B. Hueck-Nipperdey I, 3. — 5. Aufl., S. 436; vgl. auch Siebert, D. Dtsch. Arb. R. B. Vorbem. 2, S. 2; ders. Jugendschutzgesetz, Einl. S. 22 f.

[2]) Siebert, Jugendschutzgesetz, Einl., S. 22.

[3]) Hueck, Soz. Prax., 1939, S. 193 f.

[4]) So Nipperdey, RG-Festschr. Bd. 4, S. 203 ff; siehe dazu die Darstellung von Hueck, a. a. O. Sp. 194. und Siebert Jugendschutzgesetz, Einl., S. 22 f.

Dieselbe Ansicht wird auch heute noch vertreten[1]). Man hält dabei streng an der dargestellten Unterscheidung fest. Nur versucht man, die öffentlich-rechtlichen Pflichten gegenüber dem Staat möglichst weitgehend auf die Rechtsbeziehung zwischen Unternehmer und Gefolgsmann hinüberwirken zu lassen[2]). Während man das früher damit begründete, daß die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Konkretisierung des § 618 BGB dienten, erreicht man das heute über die allgemeine Fürsorgepflicht des Unternehmers aus § 2, Abs. 2 AOG. Die sich daraus ergebenden Pflichten umfassen auch das, „was dem Unternehmer sogar als öffentlich-rechtliche Pflicht auferlegt ist."[3])

Von derselben Anschauung geht § 68 des Akademieentwurfs aus, wenn er besagt, daß die Fürsorgepflicht die Erfüllung der Pflichten umfaßt, die ihm im Arbeitsschutzrecht auferlegt sind. Hueck kommt nach geltendem Recht auf dem Wege über § 2, Abs. 2 AOG zu dem im Entwurf ausgedrückten Gedanken: Die Befolgung der öffentlichrechtlichen Vorschriften ist stets auch Pflicht des Unternehmers gegenüber dem Gefolgsmann. Dadurch begegnet er dem Einwand, daß die Arbeitsschutzvorschriften nicht nur Pflichten gegenüber dem Staat sind[4]). Als praktische Folgerung wird daraus neben der Anwendbarkeit des § 823, Abs. 2 BGB auch die Möglichkeit vertraglicher Schadensersatzansprüche abgeleitet.

Während diese Lehre eine Unterscheidung auf Grund der verschiedenen Folgen, die bei vertraglichen und bei öffentlich-rechtlichen Vorschriften eintreten, unbedingt aufrecht erhält, geht Siebert auch hier von dem einheitlichen Tatbestand der Arbeit im Betriebe aus[5]). Dieser Tatbestand wird von einer bestimmten Ordnung erfaßt, nämlich der Ordnung der Betriebsgemeinschaft. Die Rechtsstellung des Gefolgsmannes, die ja durch das Arbeitsverhältnis dargestellt wird, ist „im Hinblick auf die Gesamtordnung der Arbeitsgemeinschaft einheitlich und unteilbar."[6]) Sie wird durch die verschiedensten Mittel gestaltet, so durch Gesetz, wozu auch die Arbeitsschutzgesetze zählen, durch Tarifordnung, Betriebsordnung, Einzelentscheide des Betriebsführers und durch Vereinbarungen. Zwar ist der Lehre, die hier die Trennung aufrecht erhält, zuzugeben, daß ganz verschiedene Folgen eintreten, je nachdem, ob eine Einzelvereinbarung verletzt wird oder aber ob es sich um Arbeitsschutzvorschriften handelt und daß man von hier aus gesehen eine Unterscheidung vornehmen kann. Aber es ist doch lediglich eine „Frage der Zweckmäßigkeit oder der Be-

[1]) Aus der neueren Zeit Hueck, Dtsch. Arb. R., S. 144; ders. Soz. Prax., 1939, S. 193 ff; Herschel, Neues Arb. R., 6. Aufl., 1938, S. 107 f.

[2]) Siebert, Jugendschutzgesetz, Einl. S. 23.

[3]) Hueck, Soz. Prax., 1939, S. 195.

[4]) Vgl. Soz. Prax., 1939, S. 196.

[5]) Siebert, Arb. Verh., S. 61 ff; ders. D. Dtsch. Arb. R. B. Vorbem. 2; ders. Jugendschutzgesetz, Einl. S. 22 ff.

[6]) Siebert, D. Dtsch. Arb. R., a. a. O.

wertung der auf dem Spiele stehenden Interessen für die Volksgesamtheit, welche Mittel und Methoden der Staat für die Durchführung bestimmter Pflichten einsetzt"[1]). Auch Hueck stimmt der personenrechtlichen Lehre darin zu, daß dem Arbeitsverhältnis ein einheitlicher Lebenstatbestand zugrunde liegt. Trotzdem will er eben wegen der verschiedenen Rechtsfolgen die Unterscheidung aufrecht erhalten. Diese Unterscheidung erscheint aber, wenn wir von dem Rechte der Gemeinschaft als einer Einheit ausgehen, nicht mehr begründet. „Dem einheitlichen Lebenstatbestand der Arbeitsleistung in einer Arbeitsgemeinschaft entspricht ein einheitliches Rechtsverhältnis, bei dem nur verschiedene Wege und Zuständigkeiten zur Durchsetzung der Schutz- und Fürsorgepflichten gegeben sind."[2])

II. Der Zeitpunkt, in dem diese Vorschriften wirksam werden, ist grundsätzlich derjenige der Eingliederung.

Damit sind Gesetzes-, gesetzesgleiche Vorschriften ebenso wie Vereinbarungen gestaltende Faktoren des Arbeitsverhältnisses. In welchem Zeitpunkt werden nun diese einzelnen Faktoren wirksam?[3]) Es zeigt sich dabei, daß der wesentliche Zeitpunkt derjenige der Eingliederung ist. Das ist auch natürlich, da erst dann das Gemeinschaftsverhältnis beginnt.

1. Daraus ergibt sich, daß die besondere Treue- und Fürsorgepflicht, die wesentlich für die personenrechtliche Arbeitsgemeinschaft ist, erst vom Zeitpunkt der Eingliederung an wirksam sein kann. Rein formell läßt sich das aus § 2, Abs. 2 AOG ableiten. Der Führer des Betriebes hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Zur Gefolgschaft gehört aber der Gefolgsmann erst dann, wenn er in die Betriebsgemeinschaft eingegliedert ist.

Zu diesem Ergebnis kommt man aber auch vom Wesen der Arbeitsgemeinschaft aus. Dieses wird bestimmt durch den unmittelbaren Einsatz der Persönlichkeit. Dieser unmittelbare Einsatz oder was dem gleichzustellen ist, die unmittelbare Bereitschaft dazu besteht aber erst vom Augenblick der Eingliederung an. Erst damit beginnt die der personenrechtlichen Gemeinschaft eigentümliche Treuebindung.[4]) Dabei ist unter Eingliederung der unter Willensübereinstimmung erfolgende Eintritt in die Betriebsgemeinschaft zu verstehen. Etwaige Verhandlungen zwischen den Beteiligten, aus denen sich die Willensübereinstimmung ergibt, müssen daher schon der Treue- und Fürsorgepflicht aus § 2, Abs. 2 AOG

---

[1]) Das gibt auch Hueck zu. Soz. Prax. 1939, S. 196.
[2]) Siebert, Jugendschutzgesetz, Einl. S. 24.
[3]) Für die zusätzlichen Vereinbarungen wurde das bereits oben S. 68 ff gezeigt.
[4]) Siebert, D. Dtsch. Arb. R. Einl. II, S. 5; vgl. für die Pflicht zur Lohnzahlung RAG. in ArbR. Samml. 38, S. 145 u. Anm. dazu S. 147.

unterworfen sein. So hat auch das RAG[1]) entschieden, daß die das ganze Arbeitsverhältnis beherrschende Fürsorgepflicht im Hinblick auf das einzugehende Arbeitsverhältnis auch bereits auf die zum Eintritt in das Arbeitsverhältnis führenden Verhandlungen auswirkt. Wenn in dem Urteil dabei vom Arbeitsvertrage die Rede ist, so ist darunter der gemeinschaftsbegründende Arbeitsvertrag zu verstehen.

Die Fürsorgepflicht des § 2, Abs. 2 AOG erstreckt sich also nicht auf den lediglich schuldrechtlich verpflichtenden Vorvertrag. Während dieser Zeit vor der Eingliederung besteht die sich aus diesem Vorvertrag ergebende Treuebindung[2]).

Zu diesem Ergebnis kommt praktisch auch die Vertragslehre. Sie geht zwar vom „einheitlichen Arbeitsvertrag" aus. Beim aufschiebend befristeten Arbeitsvertrag aber soll die Arbeitsgemeinschaft erst in dem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt entstehen, während vorher nur Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag gegeben sein sollen, wobei allerdings schon „gewisse Treuebeziehungen" anerkannt werden[3]).

2. Gleiches gilt für den Lohnschutz. Dieser greift erst mit der Eingliederung ein, weil es vorher ja noch gar keine Lohnzahlung geben kann. Werden vorher Zahlungen an das zukünftige Gefolgschaftsmitglied gemacht, dann handelt es sich um ein Bindegeld, das aus einer rein schuldrechtlichen Verpflichtung abzuleiten ist und daher mit dem Lohn nicht verwechselt werden darf.[4])

Es kann nun aber in einzelnen Fällen erwünscht sein, dieses Bindegeld ebenso wie auch evl. Schadensersatzansprüche aus dem Vorvertrag dem Lohnschutz zu unterstellen. (vgl. oben S. 61). Wenn man, wie Siebert, Vorwirkungen des Arbeitsverhältnisses und damit dessen stufenweise Begründung anerkennt, dann können solche Ansprüche ohne weiteres den Lohnschutzregeln unterstellt werden.[5]) Behandelt man dagegen, wie es hier geschieht, den Vorvertrag als schuldrechtlichen Vertrag, dann ist eine unmittelbare Anwendung der Lohnschutzbestimmungen nicht möglich. Der Lohnschutz kann jedoch durch „einen Federstrich des Gesetzgebers auf die Fälle ausgedehnt werden, in denen es erforderlich erscheint"[6]).

---

[1]) RAG in Arb. R. Samml. 34, S. 202 f; zustimmend Mansfeld in der Anmerkung dazu.

[2]) Auf einem anderen Standpunkt stehen diejenigen, die von einer Vorwirkung des Arbeitsverhältnisses sprechen und dadurch erreichen, daß auch vor der Eingliederung personenrechtliche Treuebeziehung vorhanden sein können.

[3]) siehe etwa Hueck-N-D., 3. Aufl., § 1, Anm. 17. ebenso d. Entwurf, Begründung, S. 51.

[4]) Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 45, eingeschränkt in D. Arb. R., 1937, S. 338 f; s. auch oben S. 57 ff.

[5]) Siebert, D. Arb. R., 1937, S. 338 ff.

[6]) Siebert, D. Arb. R., 1937, S 340; Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 294.

3. a) Der Lohnschutz bildet einen Teil des Arbeitsschutzes. Zu diesem wird noch der Betriebsschutz, der Arbeitszeitschutz, der Vertragsschutz gerechnet[1]) Dieser Schutz ist erhöht für besonders schutzbedürftige Personen; so z. B. für Jugendliche nach dem Jugendschutzgesetz, für Frauen nach der Arbeitszeitordnung (§ 16 ff) und nach dem Mutterschutzgesetz. Grundsätzlich werden auch diese Vorschriften erst mit der Eingliederung in den Betrieb wirksam[2]). Das gilt besonders von den Bestimmungen, die an den Tatbestand der Arbeit anknüpfen, so von denjenigen des Betriebsschutzes und des Arbeitszeitschutzes.

Anders ist es jedoch bei denjenigen Vorschriften, die für bestimmte Gruppen von Arbeitern und Angestellten bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses bestimmte Erfordernisse verlangen. So dürfen bei im übrigen grundsätzlichem Verbot der Kinderarbeit (§ 4 Jugendschutzgesetz) volksschulpflichtige Kinder nur beschäftigt werden, wenn dem Unternehmer vor Beginn der Beschäftigung eine Arbeitskarte des Kindes ausgehändigt worden ist (§ 5 Abs. 1 Jugendschutzgesetz). Ebenso ist nach § 5 des Gesetzes über die Heimarbeit vom 23. 3. 1934 die Einführung einer Arbeitskarte möglich, deren Besitz dann erforderlich ist, wenn Heimarbeit angenommen wird. Desgleichen sind gemäß § 8 desselben Gesetzes an die Beschäftigten Entgeltbücher auszuhändigen. Schließlich sind Bescheinigungen zur Arbeit nach den Ausbildungsvorschriften im Baugewerbe, im Bergbau und in der Seeschiffahrt erforderlich[3]). Müssen diese Erfordernisse nun schon bei Abschluß des Vorvertrages gegeben sein oder genügt es, wenn sie bei der Eingliederung erfüllt sind? Diese Frage ist aus dem Wesen der einzelnen Vorschriften heraus zu beantworten. Die Bescheinigungen sind fast durchweg offensichtlich eingeführt worden, um körperlich der betreffenden Arbeit nicht gewachsene Arbeiter zu schützen. Das kommt z. B. bei dem Verfahren zur Ausstellung der Arbeitskarten nach § 5, Abs. 1 des Jugendschutzgesetzes zum Ausdruck. Die Aufsichtsbehörde wird bei der Ausstellung der Karte „die körperliche und geistige Entwicklung des Kindes und die Schwere der in Aussicht genommenen Arbeit berücksichtigen."[4]) Daher ist der Ausdruck „vor Beginn der Beschäftigung" in § 5, Abs. 1, des Jugendschutzgesetzes dahin zu verstehen, daß vor der Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft die Karte vorhanden sein muß.

Das kann man auch daraus ableiten, daß die Arbeitskarte nicht für unbestimmte Zeit und für beliebige Betriebe ausgestellt

[1]) Nikisch, Arb. R., 1938, S. 109; Hueck, Dtsch. Arb. R. 142 f.

[2]) Eine andere Frage ist die, ob diese Vorschriften auch dann anzuwenden sind, wenn der Begründungstatbestand fehlerhaft ist, wenn aber trotzdem gearbeitet wird, Das ist nach allgem. Auffassung zu bejahen, vgl. z. B. Siebert, Jug. Schutz-Ges., S. 19 ff; Hueck, Soz. Prax. 1939, S. 198 ff.

[3]) Bodmann, Soz. Prax., 1938, S. 684.

[4]) Siebert, Jugendschutzgesetz, § 5, Anm. 4.

wird, sondern auf einen bestimmten Betrieb beschränkt ist, wobei wesentlich ist, ob der Jugendliche für den bestimmten Arbeitsplatz geeignet ist.

Dasselbe hat für die Arbeitskarte der Heimarbeiter und für die übrigen Bescheinigungen zu gelten.

Eine Ausnahme macht hier nur das Erfordernis des Entgeltbuches für Heimarbeiter. Hier soll der Arbeiter vor Übervorteilung geschützt werden, eine Gefahr, die beim Heimarbeiter am ehesten möglich ist. Aus diesem Grundgedanken der Vorschrift heraus genügt es nach der zweiten Durchführungs-VO zum Gesetz über die Heimarbeit vom 20. 2. 1935, daß der Heimarbeiter spätestens bei der ersten Abrechnung im Besitze des Entgeltbuches ist (§ 4, Abs. 4 der VO).

b) Es ist nun die Frage zu erörtern, welche Wirkungen der Abschluß des Vorvertrages hat, wenn die erforderlichen Bescheinigungen zu dieser Zeit noch nicht vorhanden sind.[1]) Vorarbeitsverträge müssen ohne das betreffende Arbeitspapier abgeschlossen werden können, denn vielfach wird der Arbeiter erst wissen wollen, ob er überhaupt eine entsprechende Stellung bekommen kann, ehe er sich um eine Bescheinigung bemüht. Auch der besondere Sinn der Schutzvorschriften ist ja für das Vorarbeitsverhältnis noch gar nicht anwendbar. Dieses stellt nur das Verpflichtungsgeschäft zur Eingehung des Arbeitsverhältnisses dar. Es wird demgemäß genügen, wenn das erforderliche Arbeitspapier nach Abschluß des Vorvertrages, aber vor der Eingliederung beschafft wird.

Da aber der Vorvertrag die Verpflichtung zur Begründung des Arbeitsverhältnisses enthält, muß man ihn in diesen Fällen so auffassen, daß er erst dann voll wirksam wird, wenn das besondere Erfordernis der Schutzvorschriften erfüllt ist, also wenn die Mitwirkung der betreffenden Behörde gegeben ist[2]). Wird demnach die erforderliche Bescheinigung ausgestellt, nachdem der Vorvertrag abgeschlossen ist, dann erlangt dieser rückwirkend volle Wirksamkeit (entsprechend § 184, Abs. 1 BGB). Das Vorliegen der Karte oder der Bescheinigung ist danach Tatbestandselement[3]). Es hätte keinen Sinn, wollte man bei Fehlen etwa der Arbeitskarte des § 5, Abs. 1 des Jugendschutzgesetzes einen vollwirksamen Anspruch auf Mitwirkung bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses geben, wenn das so begründete Arbeitsverhältnis zumindest fehlerhaft ist. Daher kann man auch das Vorliegen einer condicio iuris annehmen.

Nur da, wo die Schutzvorschrift in dem Verbot der Eingehung eines Arbeitsverhältnisses besteht, ist der Vorvertrag von vornherein nichtig. Er ist auf eine gesetzlich verbotene Leistung gerichtet und hat daher nach § 134 BGB keine Wirkung.

---

[1]) Hier bleibt das Erfordernis des Entgeltbuches außer Betracht, da ja sogar die Eingliederung ohne dessen Besitz möglich ist.

[2]) So entsprechend Siebert für die Arbeitseinsatzvorschriften (Soz. Prax. 1938, S. 709 f).

[3]) Siebert, a. a. O.

4. Für die Praxis ist auch die Frage wichtig, wann der Kündigungsschutz der §§ 56 ff AOG in Kraft tritt. Kündigungsschutz wird dann gewährt, wenn der Gefolgsmann ein Jahr lang in dem gleichen Betriebe oder Unternehmen beschäftigt gewesen ist. Die Frist beginnt dabei offensichtlich mit dem Zeitpunkt der Eingliederung zu laufen. Das ergibt sich aus dem Sinn der Fristsetzung. Die Kündigung ist für die Zeit nach dieser Frist wohl nur deshalb erschwert, weil dann, wenn der Gefolgsmann längere Zeit im Betriebe arbeitet, eine stärkere Bindung zur Betriebsgemeinschaft entstanden ist. Diese Bindung kann aber erst dann entstehen, wenn der Gefolgsmann zu dieser Gemeinschaft gehört. Eine nur obligatorische Bindung aus dem Vorvertrag reicht dazu nicht aus.

5. a) Endlich ist noch darzulegen, von welchem Zeitpunkt an Tarifordnung und Betriebsordnung wirksam sind. Beide Ordnungen sind oben S. 72 als Gestaltungsmittel des Arbeitsverhältnisses erkannt worden. Sie gelten daher auch grundsätzlich erst von der Eingliederung des Gefolgsmannes ab; sie erfassen nur die Betriebsangehörigen (§§ 27, 30 AOG). Auf das Vorarbeitsverhältnis können sie höchstens mittelbar einwirken. Sie können in den Fällen, in denen die Treuepflicht des schuldrechtlichen Vorvertrages derjenigen des zukünftigen Arbeitsverhältnisses weitgehend angenähert ist, zur Auslegung des Vorvertrages herangezogen werden.

b) Von dem Grundsatz, daß nur die bestehende Arbeitsgemeinschaft von Tarif- und Betriebsordnungen erfaßt wird, gibt es aber eine Ausnahme. Es handelt sich dabei um die Abschlußnormen, d. h. um diejenigen Bestimmungen, die sich mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses befassen. Dazu gehören Formvorschriften, Abschlußgebote und Abschlußverbote[1]). Nun ist allerdings bestritten, ob diese Abschlußnormen mit rechtlicher Wirkung in Tarif- und Betriebsordnungen aufgenommen werden können. Zum Teil wird das bejaht, zum Teil verneint[2]). Auf diese Streitfrage braucht hier jedoch nicht eingegangen zu werden. Es steht fest, daß die Treuhänder der Arbeit solche Abschlußnormen innerhalb von Tarifordnungen erlassen[3]). Es ist daher zu prüfen, ob diese Normen den Vorvertrag oder nur die Eingliederung selbst betreffen.

Dieselbe Frage ist auch für die Betriebsordnungen wichtig, denn auch dann, wenn man die in ihnen enthaltenem Abschlußnormen als „neutrale Bestimmungen ohne Rechtswirkung" ansieht[4]), ist zu prüfen, ob diese auf die Eingliederung allein oder aber auch auf den Vorvertrag angewandt werden können.

---

[1]) Hueck-N-D., 3. Aufl., § 32, Anm. 181 ff.

[2]) Molitor, D. Arb. R., 1939, S. 89 ff mit Schrifttumsangabe; Nikisch, Arb. R ,S. 48 u. S. 55; Hueck-N-D., 3. Aufl., § 32 Anm. 95; Staudinger, 10. Aufl., § 611, Anm. 67 ff.

[3] Hueck-N-D., 3. Aufl., § 32, Anm. 95; Hueck, Dtsch. Arb. R. S. 157. Aus der Praxis RABl. 1935, 414, § 3; 1936, VI, 383, § 7; 1937, VI, 157, § 5; 239, § 5; 1938 VI; 136; § 2.

[4]) Molitor, D. Arb. R., 1939, S. 92 f.

Die Entscheidung dieser Fragen kann auch hier wieder nur aus dem Sinn der Abschlußnormen heraus erfolgen. Die Abschlußnormen sind ein Teil der Tarifordnungen[1]); sie werden also nach § 32 Abs. 2 AOG auch zum „Schutze der Beschäftigten" erlassen.

Wenn nun auch der Vorvertrag bereits auf das Arbeitsverhältnis hinzielt, so enthält er doch nur eine schuldrechtliche Verpflichtung der Beteiligten. Tarifordnung und Betriebsordnung sind dagegen Gestaltungsmittel für das Arbeitsverhältnis. Auch die darin enthaltenen Abschlußnormen lassen sich, da sie zu den Mindestbedingungen für das Arbeitsverhältnis zählen[2]), dazu rechnen. Von Tarif- und Betriebsordnung werden also nur die Gemeinschaftsmitglieder betroffen. Entsprechend diesem Geltungskreise kann — wenigstens grundsätzlich — auch nur der unmittelbare Eintritt in die Gemeinschaft von Betriebs- und Tarifordnung erfaßt werden.

Wo die Abschlußnormen Abschlußgebote enthalten, wird es besonders klar, daß nur die Eingliederung von ihnen erfaßt wird. Der Sinn der Gebote wäre nicht erfüllt, wenn lediglich der Abschluß eines schuldrechtlichen Verhältnisses verlangt würde. Nicht der Vorvertrag soll erzwungen werden, sondern die Eingehung der Arbeitsgemeinschaft[3]). Der Vorvertrag ist überhaupt nicht erforderlich.

Gleiches gilt für die Abschlußverbote. Sie sind in besonderem Maße Schutzvorschriften und sollen verhindern, daß ungeeignete Personen an einen Arbeitsplatz gestellt werden, an dem sie sich vielleicht Schäden zuziehen würden. Diese Normen haben also denselben Sinn wie die bereits erörterten Arbeitsschutzvorschriften (oben S. 79 ff). Es muß daher hierfür entsprechendes gelten.

Es besteht aber gegenüber den meisten Arbeitsschutzvorschriften hier doch ein Unterschied. Während jenen im allgemeinen bei Eintritt in das Arbeitsverhältnis Genüge geleistet werden kann, auch wenn sie nicht erfüllt waren, handelt es sich bei den Abschlußverboten ebenso wie den ein solches Verbot enthaltenden Arbeitsschutzvorschriften um Bestimmungen, die ein Arbeitsverhältnis auf jeden Fall verhindern wollen.

Die Abschlußverbote richten sich an sich nicht gegen den Vorvertrag; da dieser aber auf eine gesetzlich verbotene Leistung gerichtet ist, ist er gemäß § 134 BGB nichtig.

Endlich können die Abschlußnormen noch Formvorschriften enthalten. Es handelt sich dabei um solche Formerfordernisse, die für die Begründung des Arbeitsverhältnisses konstitutive Wirkung haben.[4]) Gelten diese Vorschriften nun nur für die Begründung des Arbeitsverhältnisses oder wird auch der Vorvertrag davon ergriffen? Ohne weiteres sind die allgemeinen von Schrifttum und Recht-

[1]) Für die Betriebsordnung gilt entsprechend dasselbe: § 26 AOG.

[2]) Hueck-N-D., 3. Aufl., § 32, Anm. 95.

[3]) Vgl. RABl. 1934, VI, 133. § 6; 143, §§ 2, 3.

[4]) Hueck-N-D., 3. Aufl., § 32, Anm. 112; Staudinger, 10. Aufl., Vorbem. 479 zu § 611.

sprechung herausgearbeiteten Regeln über das Formerfordernis hier nicht anwendbar. Es wurde gezeigt, (oben S. 57 ff), daß der Vorarbeitsvertrag mit dem schuldrechtlichen Vorvertrag nicht vollkommen identisch ist. Trotzdem gelten aber die dafür herausgearbeiteten Regeln auch für den Vorvertrag des Arbeitsrechts. Das ergibt sich aus dem Zweck dieser Formvorschriften, die aus Schutzgedanken heraus entstanden sind. Da, wo aber zur Begründung des Arbeitsverhältnisses eine besondere Form vorgeschrieben ist, gilt dieser Schutzgedanke ebenso. Ist also für die Begründung des Arbeitsverhältnisses eine besondere Form erforderlich, dann wird man dasselbe auch für den Vorvertrag annehmen müssen.[1])

6. Da wir heute im Gegensatz zur liberalistischen Zeit eine gelenkte Wirtschaft haben, sind für die Begründung des Arbeitsverhältnisses die Arbeitseinsatzvorschriften von besonderer Wichtigkeit.

Man kann diese danach einteilen, welche besonderen Erfordernisse sie für die Begründung des Arbeitsverhältnisses aufstellen. Demzufolge gibt es Bestimmungen, die die Zustimmung einer Behörde verlangen und solche, die den Besitz besonderer Arbeitspapiere vorschreiben, ferner solche, die andere besondere Voraussetzungen erfordern.

a) Bei der ersten Gruppe der sogenannten Einstellungsverbote ist regelmäßig die Zustimmung des Arbeitsamtes zur Einstellung erforderlich; eine Einstellung ohne Zustimmung ist verboten. Das ist der Fall nach dem Gesetz zur Regelung des Arbeitseinsatzes vom 15. 5. 1934. Nach § 1 dieses Gesetzes in Verbindung mit dem Erlaß des Führers und Reichskanzlers vom 21. 12. 1938 (RG Bl. I, S. 1892) kann der Reichsarbeitsminister die Einstellung von bezirksfremden Arbeitern und Angestellten in bestimmten Bezirken von seiner vorherigen Zustimmung abhängig machen. Nach § 2 des Gesetzes kann die Einstellung von Personen, die während einer bestimmten Frist in der Landwirtschaft tätig waren, in anderen als landwirtschaftlichen Berufen von der vorherigen Zustimmung abhängig gemacht werden.

Ferner ist zur Einstellung von Arbeitern, Angestellten, Lehrlingen, Volontären und Praktikanten in private und öffentlich Betriebe, in Verwaltungen aller Art und in Haushaltungen allgemein die Zustimmung des Arbeitsamtes erforderlich. (VO über die Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels vom 1. 9. 1939).

Dasselbe Erfordernis besteht für die Mehreinstellung von Metallarbeitern in Betriebe der Eisen- und Metallwirtschaft, wenn dadurch die Gefolgschaft an Metallarbeitern in einem bestimmten Zeitraum um 10 oder mehr Arbeiter verstärkt wird. (Ziff. 1 der Zweiten Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplanes über die Sicherstellung des Bedarfs an Metallarbeitern für staats- und wirtschaftspolitisch bedeutsame Aufträge der Eisen- und Metallwirtschaft vom 7. 11. 1936).

---

[1]) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, BGB, 13. Bearb., 1931, § 153 IV, Anm. 20; RGZ, 124, 83.

Endlich muß der Unternehmer zur Beschäftigung ausländischer Arbeiter die Beschäftigungsgenehmigung haben, während der ausländische Arbeiter eine Arbeitserlaubnis haben muß. (§ 1 der VO über ausländische Arbeitnehmer vom 23. 1. 1933).

In all diesen Fällen entsteht nun die Frage, in welchem Zeitpunkt die Zustimmung vorhanden sein muß. Mit Ausnahme der letzteren VO, die eine Beschäftigungsgenehmigung erfordert, verlangen alle Vorschriften die Zustimmung zur Einstellung. Dieser Begriff der Einstellung wird aber in keinem Gesetz definiert. Es gilt daher die Feststellung Mansfelds[1]), daß mit diesem Begriff das Problem „Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis" nicht gelöst werden sollte. Demgemäß bestehen auch darüber, was unter „Einstellung" zu verstehen ist, verschiedene Meinungen.

So betont z. B. Syrup, daß unter Einstellung nicht der Abschluß des Arbeitsvertrages, sondern die tatsächliche Aufnahme des Arbeiters oder Angestellten in den Betrieb zu verstehen sei.[2]) Demgegenüber wird andererseits die Auffassung vertreten, daß mit dem Ausdruck „Einstellung" der Abschluß des Arbeitsvertrages gemeint sei, daß daher, wenn dieser nicht rechtswidrig sein sollte, schon zu diesem Zeitpunkt die Zustimmung vorhanden sein müsse.[3])

Da nach der hier vertretenen Ansicht bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses auch der Vorvertrag eine Rolle spielen kann, kommen drei Zeitpunkte in Betracht: 1) der Abschluß des Vorvertrages, 2) die Eingliederung, 3) wenn die Eingliederung, wie es ausnahmsweise der Fall sein kann, nicht durch Aufnahme der tatsächlichen Arbeit erfolgt, der Zeitpunkt, in dem die Arbeit aufgenommen wird. Die Lösung der Frage, zu welchem Zeitpunkt nun die Zustimmung vorliegen muß, kann auch hier wiederum nur aus dem Wesen der Arbeitseinsatzvorschriften heraus gefunden werden.

Zweifellos kann dabei der dritte Zeitpunkt keine Rolle spielen. Die Arbeitseinsatzvorschriften sind nicht zum Schutze des einzelnen Gefolgsmannes erlassen, sondern zu Zwecken der Wirtschaftslenkung. Sie knüpfen daher auch nicht an die tatsächliche Arbeit an. Das Erfordernis der Zustimmung soll offensichtlich verhindern, daß Arbeitskräfte dort gebunden werden, wo es im

---

[1]) J. W., 1937, S. 1100; ebenso Siebert, Soz. Prax. 1938, S. 707.

[2]) Syrup, Ges. z. Regelung d. Arb. Einsatzes, 1934, § 1, S. 29, Anm. 12; ders. in Die Anordnungen zur Regelung des Arbeitseinsatzes im Vierjahresplan, 1939, S. 41, S. 81 f. Die Anordnung über den Einsatz von Metallarbeitern vom 11. 2. 1937 ist allerdings inzwischen aufgehoben worden; siehe auch Schmidt, Arbeitseinsatz I Q in Arb. R. Kartei; Hagemann, D. Arb. R. 1939, S. 61; LAG in Arb. R. Samml. 33, S. 66.

[3]) Bodmann, Soz. Prax. 1938, S. 383, 685; ebenso Arb. G. in Arb. R. Samml. 25, S. 179 für den Fall, daß eine Person unter 25 Jahren eingestellt wird; siehe auch Siebert, Soz. Prax. 1938, S. 707.

Sinne einer Wirtschaftsplanung nicht wünschenswert oder nicht erforderlich ist. Eine solche Bindung ist aber in jedem Fall dann vorhanden, wenn ein Gefolgsmann in eine Betriebsgemeinschaft eingegliedert ist. Von diesem Zeitpunkt an steht er in einem Arbeitsverhältnis, das, da es ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ist, nur noch für die Zukunft gelöst werden kann. Die Arbeitseinsatzvorschriften wollen gerade eine solche Bindung ohne Zustimmung verhindern. Daraus ergibt sich, daß diese nicht erst zum Zeitpunkt der tatsächlichen Aufnahme der Arbeit vorhanden zu sein braucht[1]). Zumindest ist dieser Ausdruck ungenau. Der wesentliche Zeitpunkt für die personenrechtliche Bindung ist, wie schon gesagt, die Eingliederung. Zwar erfolgt diese in den meisten Fällen durch Aufnahme der tatsächlichen Arbeit im Betrieb. Es wurde aber gezeigt (oben S. 46 ff), daß die Aufnahme der tatsächlichen Arbeit zur Eingliederung nicht immer erforderlich ist. Die Aufnahme der tatsächlichen Arbeit kann, etwa bei Krankheit des Gefolgsmannes, später erfolgen. Ist z. B. die Eingliederung des Gefolgmannes A zum 1. 6. vorgesehen und besteht darüber auch zu diesem Zeitpunkt noch Einigkeit, so muß die Zustimmung zu diesem Termin vorhanden sein, auch wenn A. infolge Krankheit die Arbeit nicht am 1. 6., sondern erst später aufnehmen kann. So läßt sich auch die Darstellung Syrups auffassen, wenn er unter „Einstellung" die „tatsächliche Aufnahme des Arbeiters in den Betrieb, in die Gefolgschaft des Betriebes"[2]) versteht.

Es bleibt nun noch zu untersuchen, ob in den angeführten Fällen die Zustimmung auch schon für den evtl. Vorvertrag vorhanden sein muß. Es ist dabei davon auszugehen, daß die Arbeitskraft des schuldrechtlich Verpflichteten noch nicht gebunden ist. Diese Bindung entsteht erst durch Eingliederung in die Arbeitsgemeinschaft und nur diese wollen die Arbeitseinsatzvorschriften beeinflussen. Das ist auch aus einem praktischen Gesichtspunkt wesentlich, da sich jeder Beschäftigte nach einem neuen Arbeitsplatz umsieht, bevor er ein bestehendes Arbeitsverhältnis kündigt[3]). Eine gewisse Sicherheit, ob er den neuen Arbeitsplatz erhält, bekommt der Beschäftigte aber erst durch den Vorvertrag. Daher kann die Zustimmung des Arbeitsamtes nicht schon für den Vorvertrag verlangt werden[4]). Es muß genügen, wenn diese nach Abschluß des Vorvertrages, aber vor der Eingliederung erteilt wird.

Welche Wirkung hat aber der Vorvertrag, wenn die Zustimmung später erteilt wird, bis zu diesem Zeitpunkt? Die Vertragspartner müssen an ihre schuldrechtliche Verpflichtung bis dahin

---

[1]) So aber Hagemann, D. Arb. R., 1939, S. 61, 63.

[2]) Syrup, Die Anordnung zur Regelung des Arb. Einsatzes im Vierjahresplan, 1939, S. 41; ähnlich in Ges. zur Regelung des Arb. Einsatzes, 1934, § 1, Anm. 21, S. 29; ebenso Hastler, Dtsch. R., 1938, S. 450 f: „Die Arbeitseinsatzvorschriften können sich nur auf den einheitlichen Aufnahmevorgang beziehen."

[3]) Siebert, Soz. Prax. 1938, S. 709.

[4]) Siebert, a. a. O., ebenso Hagemann, D. Arb. R. 1939, S. 63.

gebunden sein. Nur bleibt die Durchführung der Verpflichtung in der Schwebe[1]). Erst dann, wenn das Tatbestandserfordernis der Zustimmung vorliegt, können Ansprüche aus dem Vorvertrag geltend gemacht werden. Die nachträglich erteilte Zustimmung wirkt dabei auf den Zeitpunkt der Verpflichtung zurück (entsprechend § 184, Abs. 1 BGB)[2]).

Wird die Zustimmung zur Eingliederung dagegen nicht erteilt, dann können die Beteiligten aus dem Vorvertrag auch keine Ansprüche geltend machen, da die Zustimmung als Tatbestandserfordernis anzusehen ist[3]). Die Anwendung des § 184 Abs. 1 BGB ergibt dann, daß der Vorvertrag rückwirkend unwirksam ist. Zwar ist zu bedenken, daß die Zustimmung ja nicht nachträglich für den Vorvertrag verweigert wird, sondern für das geplante Arbeitsverhältnis. Es muß aber hier eine Einwirkung auf den Vorvertrag als Vorstufe zum Arbeitsverhältnis stattfinden. Daher kann auch der Vorvertrag erst dann volle Wirkung zeigen, wenn die Zustimmung des Arbeitsamtes vorhanden ist. Zu demselben Ergebnis kommt man, wenn man diese als condicio iuris ansieht.

b) Die zweite Gruppe der Arbeitseinsatzvorschriften setzt den Besitz von bestimmten Bescheinigungen voraus[4]). Hierher gehören vor allem das Gesetz über die Einführung eines Arbeitsbuches vom 26. 2. 1935 und die VO über das Arbeitsbuch vom 22. 4. 1939[5]). Danach dürfen die Arbeitsbuchpflichtigen nur dann beschäftigt werden, wenn sie im Besitze des Arbeitsbuches sind. Nach § 8 der VO muß der Gefolgsmann das Buch „bei Aufnahme der Beschäftigung" übergehen, wie auch der Unternehmer gemäß § 10 der VO verpflichtet ist, das Buch zu diesem Zeitpunkt zu verlangen. Das Arbeitsbuch wurde gemäß § 1 des Gesetzes eingeführt, um eine zweckentsprechende Verteilung der Arbeitskräfte zu gewährleisten. Seine Einführung sollte es erleichtern, „den Zustrom in überfüllte Berufe und die Landflucht zu unterbinden und Schwarzarbeit sowie unangebrachtes Doppelverdienertum zu beseitigen".[6]) Heute ist die Situation allerdings eine vollkommen andere. Anstelle des Überschusses an Arbeitskräften besteht jetzt ein Mangel daran. Aber auch in dieser Situation hat das Arbeitsbuch wichtige Aufgaben zu erfüllen; auch jetzt dient es dem Arbeitseinsatz.

---

[1]) Hagemann, a. a. O., S. 63.
[2]) Siebert, a. a. O.
[3]) Siebert, a. a. O.
[4]) Hierher gehört nicht die Arbeitskarte, die ausl. Arbeiter nach der VO vom 23. 1 1933 haben müssen. Nach § 1 dieser VO bedürfen diese Arbeiter einer Arbeitserlaubnis. Die darüber ausgestellte Arbeitskarte dient wohl lediglich dem Beweise, daß die Erlaubnis vorhanden ist. Sie ist daher wohl auch nicht als Voraussetzung für die Beschäftigung dieser Arbeiter anzusehen.
[5]) Durch VO vom 30. X. 1939 (RGBl. I, 1939, S. 2180) sind §§ 2 u. 4 des Gesetzes aufgehoben worden.
[6]) Syrup und Wende, Das Arb. Buch, Komm., 1935, § 1 Anm. 1.

Nach Syrup[1]) genügt es, wenn das Arbeitsbuch bei der tatsächlichen Beschäftigung vorhanden ist; nicht erforderlich ist es nach ihm bei Abschluß des Arbeitsvertrages. Nach Hagemann soll der Begriff der Beschäftigung dem in anderen Bestimmungen gebrauchten Begriff der Einstellung gleichzustellen sein. Darunter wird von ihm die tatsächliche Aufnahme der Beschäftigung im Betriebe verstanden[2]). Anderer Auffassung ist Bodmann[3]). Er unterscheidet zwischen der „tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb", die er als „Einstellungsvertrag" bezeichnet und dem Arbeitsvertrag. Nach Bodmann muß das Arbeitsbuch schon bei Abschluß des Arbeitsvertrages vorhanden sein.

Wenn man davon ausgeht, daß das Arbeitsverhältnis durch die Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft begründet wird und wenn man deneben den schuldrechtlichen Vorvertrag zuläßt, dann muß man im Hinblick auf den Sinn der Arbeitseinsatzvorschriften zu derselben Lösung kommen wie bei der ersten Gruppe von Vorschriften. Es kommt hier nämlich wieder darauf an, daß eine Bindung der Arbeitskraft ohne das Vorhandensein des Arbeitsbuches verhindert werden soll. Diese Bindung erfolgt durch die Eingliederung, bei der zwar meistens die Aufnahme der tatsächlichen Arbeit erfolgt, wobei diese aber nicht immer notwendig ist. Das Arbeitsbuch muß demnach auch im Zeitpunkt der Eingliederung vorliegen.

Der Vorvertrag muß wie bei der ersten Gruppe von Vorschriften ohne Arbeitsbuch möglich sein, aber erst dann voll wirksam werden, wenn dieses vorliegt.[4]).

c) Genau so muß es auch sein, wenn andere Voraussetzungen für die „Einstellung" erforderlich sind. So ist auch die Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft gemeint, wenn die Einstellung lediger weiblicher Arbeitskräfte unter 25 Jahren davon abhängig gemacht wird, daß sie mindestens ein Jahr lang mit Zustimmung des Arbeitsamtes in der Land- oder Hauswirtschaft tätig waren. (Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplans über den verstärkten Einsatz weiblicher Arbeitskräfte in der Land- und Hauswirtschaft v. 15. 2. 1938 und Durchführungsanordnung dazu v. 32. 12. 1938).

Aus der vorangegangenen Darstellung ersehen wir, daß der Zeitpunkt der Eingliederung für die arbeitsrechtlichen Vorschriften von solcher Bedeutung ist, daß er auch aus diesem Grunde klar gekennzeichnet sein muß. Erst mit der Eingliederung tritt der Gefolgsmann in die personenrechtliche Arbeitsgemeinschaft ein. Arbeitsrechtliche Vorschriften erlangen grundsätzlich in diesem Zeitpunkt ihre volle Bedeutung; das Vorarbeitsverhältnis wird dagegen nur mittelbar von ihnen betroffen.

---

[1]) Syrup und Wende, a. a. O., § 2, Anm. 2a; ebenso Gros, Einführung, § 11, in Arb. R. Kartei; Richter, Arb. — Buch I in Arb. R. Kartei; Staudinger, 10. Aufl., § 611, Anm. 70.

[2]) D. Arb. R. 1939, S. 63; vgl. auch H. Schmitt, Das Arb. Buch, 1938, S. 46.

[3]) Bodmann, Soz. Prax. 1938, S. 684 f.

[4]) siehe auch Siebert, Soz. Prax., 1938, S. 709; Hastler, Dtsch. R., 1938, S. 450 f (nach diesem beziehen sich die Vorschriften auf den Vorgang der Aufnahme in die Gemeinschaft).

G. Der Einfluß der Verletzung einiger wichtiger Gesetzesvorschriften auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses.

Ein vollgültiges Arbeitsverhältnis entsteht durch die Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft nur bei Beachtung der einschlägigen Arbeitsschutz- und Arbeitseinsatzvorschriften. Welche Wirkungen hat es nun, wenn diese Vorschriften verletzt werden? Welche Wirkung hat überhaupt die Verletzung von Gesetzesvorschriften für die Begründung der Arbeitsgemeinschaft?

I. Die Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB.

Da die meisten hier in Frage kommenden Vorschriften solche des allgemeinen Teils des BGB sind, ist zunächst klarzulegen, ob das BGB auf das Arbeitsverhältnis überhaupt anwendbar ist. Es ist dabei zu unterscheiden zwischen dem Vorvertrag, dem Arbeitsverhältnis und den zusätzlichen Vereinbarungen.

Der Vorvertrag wurde als schuldrechtlicher Vertrag erkannt (oben S. 56 ff) daher erscheint es unbedenklich, diesen auch dem BGB zu unterwerfen. Das gleiche gilt von der zusätzlichen Vereinbarungen bis zu dem Zeitpunkt, in dem sie in die Ordnung des Gemeinschaftsverhältnisses eingehen, also solange sie nur verpflichtende Wirkung haben.

Dagegen muß das Arbeitsverhältnis selbst anders beurteilt werden, da es ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ist. Die allgemeinen Vorschriften des BGB sind auf den Rechtsverkehr abgestellt. Sie können daher nicht ohne weiteres auf das Gemeinschaftsverhältnis Anwendung finden. Das ist heute im wesentlichen unbestritten[1]). Anders verhält es sich mit den im BGB enthaltenen Rechtsgedanken. Sie können natürlich, soweit sie dem Wesen des Arbeitsverhältnisses entsprechen, angewandt werden[2]).

Diese Auffassung kommt auch in § 4, Abs. 2 des Entwurfs zum Ausdruck (Begründung S. 48). Danach sollen die Vorschriften über den Dienstvertrag überhaupt nicht gelten und die übrigen Vorschriften des BGB nur insoweit, als sich nicht aus dem Wesen des Gemeinschaftsverhältnisses etwas anderes ergibt. Dieser Auffassung entspricht es auch, daß z. B. nach § 9, Abs. 1 des Entwurfs eine Anfechtung nicht mehr möglich ist, sobald die Arbeit aufgenommen ist, da dann ein Gemeinschaftsverhältnis vorhanden ist.[3])

---

[1]) siehe z. B. Hueck-N-D., 3, Aufl., § 2, Anm. 16a; Siebert, D. Dtsch. Arb. R., B. 33, Vorbem. S. 56; ähnlich Nikisch, Arb. R., 1938, S. 73 ff; anders jedoch in ständiger Rspr. die Arb Gerichte; sie wenden ohne weiteres die BGB-Vorschriften an, so z. B. aus der letzten Zeit. LAG in Arb. R. Samml. 33, 183; 34, 65; 35, 52; RAG in Arb. R. Samml 35, 161.

[2]) Siebert, a. a. O.

[3]) Begründung, S. 51.

II. Geschäftsfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit.

Bedeutsam für die Begründung des Arbeitsverhältnisses sind die erforderlichen persönlichen Voraussetzungen der Beteiligten, also die Vorschriften des BGB über die Geschäftsunfähigkeit und über die beschränkte Geschäftsfähigkeit.

Nach dem BGB sind die Willenserklärungen des Geschäftsunfähigen und desjenigen, der sich im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistesfähigkeit befindet, nichtig. Geschäftsunfähig ist dabei 1. das Kind bis zu seinem siebenten Lebensjahr, 2. derjenige, der in einem Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit ist, wenn dieser Zustand nicht nur vorübergehend ist, und 3. wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist (§§ 104, 105 BGB).

1. Nach herrschender Anschauung sollen diese Vorschriften auch für die Begründung des Arbeitsverhältnisses Geltung haben[1]). Aber schon nach geltendem Recht können diese Vorschriften m. E. nicht angewandt werden. Sie sind mit dem personenrechtlichen Arbeitsverhältnis nicht zu vereinbaren. Es kann doch nur darauf ankommen, ob die Beteiligten die zur Eingehung eines solchen Verhältnisses erforderliche geistige Einsicht haben. Wenn dieses „Mindestmaß von Urteils- und Einsichtsfähigkeit" [2]) vorhanden ist, dann muß ein Gemeinschaftsverhältnis entstehen können. Daher können die §§ 104 und 105 BGB für das Arbeitsverhältnis nicht schlechthin gelten. Der in ihnen aufgestellte Begriff der Geschäftsunfähigkeit ist zu formal. Er erfaßt Fälle, in denen die Wirkung der Nichtigkeit aus Gründen der Verkehrssicherheit für den Schuldrechtsverkehr zwar angebracht ist, nicht aber für das Arbeitsverhältnis. Beim Arbeitsverhältnis kann es nur darauf ankommen, daß die Beteiligten die ihnen obliegenden Pflichten erfüllen können. Dabei wird es immer auf den konkreten Fall ankommen. So kann z. B. der wegen Geisteskrankheit Entmündigte sehr wohl im einzelnen Fall gute Arbeit leisten und sich dabei auch vor allem seiner sonstigen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis bewußt sein. Ebenso kann der unerkennbar Geisteskranke ein vollwertiger Arbeiter und ein ebensolches Gemeinschaftsmitglied sein. Haben die Beteiligten die im einzelnen Falle notwendige Urteilsfähigkeit und die erforderliche Einsicht, dann muß daher das gewollte Arbeitsverhältnis entstanden sein.[3])

---

[1]) Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16 d u. 16 1; Staudinger BGB, 10. Aufl., § 611, Anm. 58; Hueck, Dtsch. Arb R; S. 86 ff; Gros, Einführung, § 24 u. § 28 in Arb. R. Kartei; ebenso Nikisch, Arb. R, S. 70 f. für das geltende Recht (dieser anders für das zukünftige Recht, i. Festschr. f. Lehm., S 296).

[2]) Siebert, Arb. Verh., S. 90; ders. D. Dtsch. Arb. R. B. 33 b, S. 66; vgl. auch Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 296.

[3]) Siebert, Arb. Verh., S. 89 f; ders. D. Arb. R. 1936, S. 9; ders. D. Dtsch. Arb. R, B, 33b, S. 66; Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16 d.

Dabei muß aber dem anderen Teil oder dem gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen, aber Arbeitsunmündigen die Möglichkeit der sofortigen Lösung des Arbeitsverhältnisses gegeben sein.[1]).

Die gleiche Regelung muß auch für die beschränkt Geschäftsfähigen gelten (§§ 106 ff BGB). Hier wurde früher, ebenso wie in den Fällen, in denen ein Geschäftsunfähiger in einem Betrieb arbeitete, nach der Vertragslehre ein nichtiges Arbeitsverhältnis dann angenommen, wenn der Minderjährige ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters arbeitete. Dagegen sollten öffentlichrechtliche Vorschriften, z. B. Arbeitsschutzvorschriften Anwendung finden.[2])

Aber auch heute geht die überwiegende Anschauung von diesem Grundgedanken aus.[3]) Sie wendet also die Vorschriften über Arbeitsschutz usw. an. Darüber hinaus gesteht man aber dem minderjährigen Beschäftigten auch Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zu. Der Grund dafür ist jedoch nicht der, daß ein Arbeitsverhältnis im Rechtssinn bestanden hat, sondern der, daß der Unternehmer, wollte er sich auf den Mangel der Geschäftsfähigkeit seines Partners berufen, sich mit seinem eigenen Verhalten, nämlich der tatsächlichen Beschäftigung des Arbeiters, in Widerspruch setzen würde. Man trennt also zwischen einem rechtlichen und einem tatsächlichen Arbeitsverhältnis und gibt damit, während kein rechtliches Verhältnis anerkannt wird, Ansprüche auf Grund des tatsächlichen Verhältnisses. Das ist im Grunde genommen aber die Auffassung vom faktischen Arbeitsverhältnis, nur daß daraus mehr Ansprüche, vor allem auch solche „privatrechtlicher" Natur abgeleitet werden. Man will so die Vorschriften des BGB anwenden, weil sie ja formell nicht aufgehoben worden sind, und erreicht auf Umwegen trotzdem deren Nichtanwendung.

Wenn man aber von einer einheitlichen Ordnung der Betriebsgemeinschaft ausgeht, ist die Aufspaltung in ein rechtliches und ein tatsächliches Verhältnis unmöglich. Ein faktisches Arbeitsverhältnis kann es heute nicht geben. Entweder ein Arbeitsverhältnis besteht, dann zeitigt es volle Wirkung und ist höchstens vernichtbar, oder aber es besteht nicht. „Indem man eine öffentlichrechtliche Seite des Betriebszugehörigkeitsverhältnisses anerkennt, gibt man bereits zu, daß die §§ 106 ff BGB hier nicht passen"[4]). Es ist unmöglich, etwa dem Arbeiter einen Lohnanspruch zu versagen, aber einen Anspruch wegen Verletzung einer Arbeitsschutzvorschrift zu gewähren[5]). Ebenso ist es aber abzulehnen, wenn man heute sagt, daß das Arbeitsverhältnis zwar nichtig sei, daß aber wegen der tatsächlich geleisteten Arbeit diese Nichtigkeit nicht geltend gemacht werden könne.

---

[1]) Siebert, Arb. Verh., S. 90; Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16 d und 16 l.

[2]) Siebert, J. W. 1937, S. 1109.

[3]) Staudinger, BGB, 10. Aufl., § 611, Anm. 104; Hueck, Dtsch. Arb. R. S. 91.

[4]) Siebert, Arb. Verh., S. 92; ders. J. W. 1937, S. 1109.

[5]) Indem man den Minderjährigen zu schützen glaubt, schädigt man ihn. (Siebert, a. a. O.)

Aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses muß gefolgert werden, daß auch wenn ein Minderjähriger ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters einen Arbeitsplatz annimmt, ein voll wirksames Arbeitsverhältnis entsteht, wenn der Minderjährige ein Mindestmaß von Einsichts- und Urteilsfähigkeit hat[1]). Allerdings ist auch hier die Möglichkeit einer fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu geben.

Dementsprechend fordert Siebert de lege ferenda die Aufstellung eines besonderen Begriffes der Arbeitsmündigkeit[2]). Dabei muß es, wie schon gesagt, immer auf den einzelnen Fall ankommen, da die Arbeitsverhältnisse verschieden große Anforderungen an die Beteiligten stellen. Es dürfte dann wohl kaum jemand eingestellt werden, der nicht arbeitsmündig ist. Ein Unternehmer (Betriebsführer) wird doch nur den einstellen, von dem er annehmen kann, daß er in der Lage ist, die erforderliche Arbeit auch wirklich zu verrichten. Die übrigen Pflichten, die das Arbeitsverhältnis mit sich bringt, stehen dabei im einzelnen Falle immer nur im Verhältnis zu der Arbeitspflicht. Die sittlichen Pflichten des leitenden Ingenieurs eines Werkes sind z. B. größer als die eines Buchhalters.

2. Nun wurde gezeigt (oben S. 56 ff), daß der bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses mögliche Vorvertrag ein schuldrechtlicher Vertrag ist und daß demgemäß darauf die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit Anwendung finden. Das bedeutet, daß auf den Vorvertrag die §§ 104 ff BGB anzuwenden sind, auf die Eingliederung aber die Voraussetzungen für die Arbeitsmündigkeit. Diese verschiedene Behandlung erscheint berechtigt. Der Vorvertrag ist ein schuldrechtlicher Verpflichtungsvertrag. Zum Schutze des nicht voll Geschäftsfähigen besteht die Regelung, daß er sich nicht ohne weiteres verpflichten kann. Dieser Schutz muß natürlich auch für den Vorvertrag gelten.

Diese Regelung steht durchaus mit derjenigen des Verhältnisses vom Vorvertrag zum Arbeitsverhältnis im Einklang. Die Folge, daß danach ein voll wirksames Arbeitsverhältnis entstehen kann, während ein nichtiger Vorvertrag vorliegt, erklärt sich aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses. Eine personenrechtliche Gemeinschaft ist auch dann möglich, wenn man sich „rechtsgeschäftlich" nicht verpflichten kann.

Als vergleichendes Beispiel mögen die familienrechtlichen Verhältnisse dienen, insbesondere das Recht der Ehe. Danach unter-

---

[1]) Siebert, Arb. Verh., S. 91 f; ders. J. W. 1937, S. 1109; Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16 1.

[2]) Siebert, Arb. Verh. S. 91 f; ders. Dtsch. R. Wiss. 1936, S. 222 und in J. W. 1937, S. 1109; siehe auch Nikisch, Festschr. f. Lehm., S. 296; Nipperdey, D. Arb. R., 1937, S. 144. Der Entw. geht auch hier noch vom BGB aus (§ 4, Abs. 2), nur soll aus Billigkeitsgründen eine Berufung auf die Nichtigkeit von Verträgen nicht möglich sein (§ 10, Abs. 1. Begründung, S. 52 f).

scheidet man auch hier zwischen Ehemündigkeit und Geschäftsfähigkeit. Die minderjährige Ehefrau kann z. B. einen güterrechtlichen Vertrag nicht selbständig abschließen.

Eine gleichmäßige Behandlung ist auch im Arbeitsrecht gar nicht erforderlich, da ja der Vorvertrag nicht als Voraussetzung für das Arbeitsverhältnis angesehen werden kann.

Erforderlich ist aber auch diese verschiedene Behandlung von Vorvertrag und Arbeitsverhältnis natürlich nicht. Man kann auch die Voraussetzungen der Arbeitsmündigkeit auf den Vorvertrag ausdehnen und damit deren Abschluß erleichtern.[1]) Sieht man aber den Vorvertrag als Verpflichtungsvertrag an, dann ist zu bedenken, daß sich damit jeder Arbeitsmündige für die Zukunft binden kann. Das bedeutet die Aufgabe eines Schutzgedankens, den man auf das Arbeitsverhältnis dadurch anwenden will, daß man dem Arbeitsmündigen, aber nach BGB nicht voll Geschäftsfähigen oder dessen gesetzlichem Vertreter die Möglichkeit der fristlosen Lösung des Arbeitsverhältnisses gibt[2]).

III. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit.

Wesentlich für die Begründung des Arbeitsverhältnisses ist es darüber hinaus auch, ob die übrigen Vorschriften des BGB über Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Willenserklärungen darauf angewandt werden können.

1. Die „Einheitstheorie", also die Lehre, die vom „einheitlichen Arbeitsvertrag" ausgeht, unterscheidet dabei zwischen der Zeit vor dem Antritt der Arbeit und der Zeit nach diesem Zeitpunkt[3]). Für die Zeit vor dem Antritt der Arbeit werden nach dieser Lehre die Vorschriften des BGB über Anfechtbarkeit und Nichtigkeit angewandt, so daß also der Arbeitsvertrag z. B. nach §§ 119, 123 wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung angefochten werden kann, was nach § 142, Abs. 1 BGB rückwirkende Nichtigkeit zur Folge hat. Ebenso sollen die Nichtigkeitsvorschriften (§§ 104 ff, 117, 118, 125, 134, 138; 306 BGB) Anwendung finden. Schließlich soll § 139 BGB in seinem allgemeinen Sinn für diese Zeit gültig sein. Davon macht man aber zwei Ausnahmen: Wenn eine Vereinbarung über eine Arbeitsbedingung gegen ein Gesetz zum Schutze des Gefolgsmannes verstößt, so soll nur diese Vereinbarung nichtig sein. Ebenso soll der Vertrag gültig bleiben, wenn die Lohnvereinbarung wegen Lohnwuchers nichtig ist. Diese soll durch Tarif- und Betriebsordnung, ferner durch § 2. Abs. 2 AOG ersetzt werden.[4])

---

[1]) So Siebert, D. Arb. R. 1937, S. 45, S. 309.

[2]) Daher erscheint es nicht gleichgültig, ob man für beide Verhältnisse dieselben Voraussetzungen verlangt (vgl. demgegenüber Mansfeld, J. W. 1936, S. 483).

[3]) Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16 b ff; Staudinger, BGB 10. Aufl., § 611, Anm. 96; Hueck, Dtsch. Arb. R., S. 89 ff" Gros, Einführung in § 26 in Arb. R. Kartei.

[4]) Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16 m; Hueck, Dtsch. Arb. R., S. 89 f.

Diese Ansicht wird auch im Akademieentwurf ausgedrückt, der ebenfalls in dem Zeitpunkt des Arbeitsantrittes eine Trennungslinie sieht[1]). Er folgt daher konsequent der „Einheitstheorie" und läßt wie diese Anfechtbarkeit und Nichtigkeit in demselben Rahmen zu.[2])

2. Es ist bereits oben (S. 46 ff) dargelegt worden, daß diese Ansicht abgelehnt werden muß, da sie einmal vom Schuldrecht, dann aber vom Gemeinschaftsrecht ausgeht. Der Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme oder besser derjenige der Begründung des Gemeinschaftsverhältnisses scheidet zwischen zwei strukturell verschiedenen Verhältnissen, zwischen dem schuldrechtlichen Vorvertrag und dem personenrechtlichen Arbeitsverhältnis.

a) Es steht vom Standpunkt der personenrechtlichen Lehre aus nichts im Wege, die Vorschriften über Anfechtbarkeit und Nichtigkeit auf den Vorvertrag anzuwenden.[3]) Hier besteht noch kein Gemeinschaftsverhältnis. Daher ist eine rückwirkende Auflösung der Vertragsbeziehungen möglich. Auch § 139 BGB muß hier Anwendung finden. Die von der „Einheitstheorie" gemachten Ausnahmen brauchen nach den hier vertretenen Ansicht nicht aufrecht erhalten zu werden, da das Arbeitsverhältnis begründet werden kann, auch wenn die Vorvereinbarungen nichtig sind. Aus dem Gedanken des Arbeiterschutzes heraus gerade die beiden erwähnten Ausnahmen zu machen, erscheint willkürlich. Es gibt doch auch andere, für den Arbeiter ebenso wichtige Bedingungen.

b) Anders ist die Rechtslage für das Arbeitsverhältnis selbst.[4]) Fast unbestritten ist, daß die Regeln des BGB über die Anfechtbarkeit mit der Folge des § 142, Abs. 1 BGB hier nicht anwendbar sind[5]) Wenn erst einmal ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis entstanden ist, dann ist es nicht möglich, dieses tatsächlich vorhandene Verhältnis rückwirkend zu beseitigen oder auch nur so zu behandeln, als ob das der Fall wäre. Es wird daher heute auch fast allgemein nur die Möglichkeit gegeben, die Verhältnisse, die auf Grund von Irrtum, Täuschung oder Drohung

[1]) Begründung S. 51.

[2]) Besondere Bestimmungen darüber finden sich im Entwurf nicht. Ihre Anwendbarkeit folgt aber aus § 4, Abs. 2. (Begründung S. 51) aus § 9, Abs. 1 und § 10, Abs. 1 u. 2 des Entwurfs.

[3]) Siebert, Arb. Verh., S. 99, D. Arb. R. 1937, S. 309, D. Dtsch. Arb. R. B. 33b, S. 68; Nikisch, Arb. R., 1938, S. 73.

[4]) Nach der „Einheitstheorie" für die Zeit vom Arbeitsbeginn an.

[5]) Siebert, Arb. Verh., S. 99; D. Arb. R. 1937, S. 309 Soz. Prax. 1938, S. 702; Hueck, Dtsch. Arb. R., S. 90, f.; Nipperdey; D. Arb. R., 1937, S. 144 f; Westphal, Nichtigkeit von Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag, 1938, S. 32 ff und D. Arb. R., 1939, S. 218 ff; Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16 d, 16 f, 16 k; wo auch auf die entsprechende Rechtslage beim Körperschaftsrecht hingewiesen wird. Staudinger, BGB, 10. Aufl, § 611, Anm. 97; a. M. Weimar, D, Arb. R. 1938, S 330 und RAG in Arb. R. Samml., 30, S. 103, 35, S. 30.

entstanden sind, mit sofortiger Wirkung für die Zukunft zulösen.

Sind nur einzelne Arbeitsbedingungen durch Irrtum, Täuschung oder Drohung zustande gekommen, dann sollen die entsprechenden Willenserklärungen allerdings mit rückwirkender Kraft angefochten werden können[1]). Insoweit soll der § 139 BGB nicht gelten, sondern das Arbeitsverhältnis soll sich nach den anderen vorhandenen Gestaltungsmitteln richten, also nach Tarifordnung, Betriebsordnung und schließlich nach § 2, Abs. 2, AOG.

Diese rückwirkende Kraft kann aber der Anfechtung der zusätzlichen Vereinbarungen nicht schlechthin zuerkannt werden.[2]) Die Rückwirkung ist natürlich solange möglich, wie die zusätzliche Vereinbarung lediglich schuldrechtlichen Charakter trägt. Ist das Arbeitsverhältnis durch diese aber erst gestaltet worden, dann gehört sie doch zur Ordnung der Arbeitsgemeinschaft, nach der die Beteiligten gehandelt haben. Wenn diese Ordnung im ganzen nicht rückwirkend aufgehoben werden kann, dann muß das auch für einen Teil gelten, also z. B. für eine Vereinbarung über übertariflichen Lohn. Für den Teil der Gesamtordnung kann man nicht das grundsätzliche Ergebnis verlassen, nur weil hier in Umkehrung des § 139 BGB das Arbeitsverhältnis selbst zu den in den übrigen Gestaltungsmitteln angegebenen Bedingungen bestehen bleibt.[3])

Mehr umstritten ist das Problem, ob dann, wenn ein Arbeitsverhältnis einmal begründet worden ist, noch von einer Nichtigkeit im Sinne des BGB die Rede sein kann. Daß dann, wenn ein Arbeitsverhältnis einmal bestanden hat, eine rückwirkende Nichtigkeit aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses heraus abzulehnen ist, wird kaum bestritten[4]).

Es kann sich daher hier nur um die Frage handeln, wieweit ein Arbeitsverhältnis nicht entstehen kann, inwieweit also entstandene Rechtsbeziehungen nicht als ein Arbeitsverhältnis angesehen werden können. Man ist heute allgemein darüber einig, daß das Problem nur aus dem Grundgedanken der Arbeitsgemeinschaft heraus gelöst werden kann, daß die Regelung des BGB über die Nich-

---

[1]) Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16 f; Hueck, Dtsch. Arb. R., S. 91.

[2]) So aber z. B. Hueck, Dtsch. Arb. R., S. 91; ebenso Entwurf § 9, Abs. 2 u. Begründung dazu S. 51 f. Einschränkend Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16e, danach keine Rückwirkung, wenn die Vereinbarung gegen Arbeitsschutzvorschriften verstößt.

[3]) Ähnlich wie hier Siebert, D. Dtsch. Arb. R. B. 33b, S. 66: „Einzelne Vereinbarungen können mit rückwirkender Kraft angefochten werden, soweit sie nicht unmittelbare Ansprüche aus bereits geleisteter Arbeit betreffen". Sind die Vereinbarungen erst in die Gemeinschaftsordnung eingegangen, dann hat der Gefolgsmann auch Ansprüche auf Grund dieser Ordnung.

[4]) Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16c, Staudinger BGB, 10 Aufl., § 611, Anm. 99; Nikisch, Arb. R., 1938, S. 74; Siebert; D. Dtsch., Arb. R. B. 33b, S. 66 f; Hueck, Dtsch. Arb. R., S. 90; a. A. bes. die bei Hueck-N-D., 3. Aufl. a. a. O. genannte Rechtsprechung.

tigkeit auf das Arbeitsverhältnis daher nicht ohne weiteres angewandt werden darf. Als Gründe, aus denen heraus Nichtigkeit in Frage kommt, gelten allerdings diejenigen des BGB auch hier. Es kommen also vor allem in Betracht Verstöße gegen gesetzliche Verbote (§ 134 BGB) und Verstöße gegen die guten Sitten (§ 138 BGB). Das sind Gründe, die ganz allgemein auf jedes rechtlich erhebliche Verhältnis einwirken müssen, die also nicht auf schuldrechtliche Verhältnisse beschränkt sind. Gesetzliche Verbote des Arbeitsrechts sind dabei besonders in den Arbeitsschutz- und Arbeitseinsatzbestimmungen zu finden.

Dabei ist das Problem nun nicht so aufzufassen, als ob es fraglich erschiene, ob es nichtige, also von vornherein nicht entstandene Arbeitsverhältnisse gibt oder nicht. Daß es nichtige Arbeitsverhältnisse gibt, wird von keiner Seite bestritten. So wird allgemein anerkannt, daß ein Arbeitsverhältnis dann nicht entstehen kann, wenn es gegen ein Verbot verstößt, das für die Belange der Volksgemeinschaft wesentlich ist. Hierher gehören die Fälle, daß unsittliche, hochverräterische Arbeit geleistet wird oder daß eine arische Hausangestellte entgegen dem Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. 9. 1935 (§ 3) in einem jüdischen Haushalt arbeitet, obwohl sie die Sachlage kennt. In solchen Fällen ist dem Wesen der personenrechtlichen Gemeinschaft entsprechend das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses nicht möglich; man spricht daher am besten von einem Nichtarbeitsverhältnis[1]). Die Beteiligten sind hier auf Bereicherungsansprüche beschränkt. Dieses Ergebnis ist nicht unbillig, da ja hier bewußt gegen die Belange der Volksgemeinschaft verstoßen wird. Daher ist auch ein Lohnanspruch, der den Lohnschutzbestimmungen unterliegen würde, nicht am Platze.

Meinungsverschiedenheiten herrschen nur darüber, wieweit man die Fälle der Nichtarbeitsverhältnisse ausdehnen muß. So wendet z. B. Hueck[2]) die Vorschriften über die Nichtigkeit des BGB grundsätzlich auch im Arbeitsrecht an. Nach ihm soll Nichtigkeit immer dann geltend gemacht werden können, wenn sie dem anderem Teil bekannt ist[3]). Es wird hier ganz auf den Schutz des einzelnen

---

[1]) Siebert, Arb. Verh., S. 94 u. 96; ders. Dtsch. R. Wiss., 1936, S. 223; ders. D. Dtsch. Arb. R. B. 33b, S. 67; ebenso das andere Schrifttum, das, soweit es Nichtigkeit in größerem Umfange annimmt, diese Fälle natürlich auch erfaßt.

[2]) Hueck, Dtsch. Arb. R., S. 91 f; vgl. auch Staudinger BGB, 10. Aufl., § 78 und das dort genannte Schrifttum. Ebenso der Entwurf, ähnlich LAG in Arb. R. Samml. 33, S. 187 ff. Für Anwendung des § 134 BGB auf den Arbeitsvertrag bei Verstoß gegen Arbeitseinsatzvorschriften vgl. Schmidt, Arb. Einsatz I Q in Arb. R. Kartei mit Literaturangaben. Dabei wird nicht auf die Kenntnis der Beteiligten abgestellt. Vgl. auch den Überblick über die verschiedenen Meinungen von Adam, Arbeitseinsatz u. Arbeitslosenhilfe, 1939, S. 203 f.

[3]) Abgesehen von den Fällen der mangelnden Geschäftsfähigkeit.

abgestellt[1]). In jedem Fall sollen die „öffentlichrechtlichen" Vorschriften Anwendung finden. „Vertragliche Ansprüche" sollen dagegen nur von dem gutgläubigen Beteiligten geltend gemacht werden können, und zwar aus den Gründen von Treu und Glauben. Hueck nimmt also schlechthin Nichtigkeit nach den Grundsätzen des BGB an und gibt dabei einzelne Ansprüche, soweit es der Billigkeit entspricht. Hier wird offensichtlich die Lehre vom faktischen Beschäftigungsverhältnis angewandt[2]). Diese Lehre geht aber nicht vom Wesen des Arbeitsverhältnisses aus. Entweder eine personenrechtliche Gemeinschaft ist entstanden, dann müssen, solange diese besteht, sämtliche Wirkungen des Arbeitsverhältnisses eintreten oder aber sie ist nicht entstanden; in diesem Falle ergeben sich daraus auch keine Ansprüche arbeitsrechtlicher Art[3]). Damit, daß man die Ansprüche aus einem nichtigen Verhältnis auf solche „vertraglicher Natur" ausdehnt und damit „öffentlich-rechtliche und vertragliche Ansprüche" gibt, erreicht man im einzelnen Falle zwar ein billiges Ergebnis, man bleibt aber doch auf der durch das einheitliche personenrechtliche Arbeitsverhältnis überwundenen alten Lehre stehen.

Schließlich ist zu der dargelegten Auffassung noch zu sagen, daß zwar die Schutzbedürftigkeit der Beteiligten zu beachten ist, daß danach aber nicht allein bestimmt werden kann, ob ein Arbeitsverhältnis als gültig behandelt werden soll oder nicht. Diese Haltung kommt besonders deutlich im Akademieentwurf zum Ausdruck[4]). Dieser geht von den Grundsätzen des BGB aus und ändert diese nur insoweit ab, als es der Schutz des einzelnen jeweilig erforderlich zu machen scheint. Dabei sieht man das Schutzbedürfnis als gegeben an, wenn ein Beteiligter den Grund der Nichtigkeit nicht kannte. Das ist aber ein Grund, der dem Zweck der erlassenen Verbotsvorschriften vielfach vollkommen fremd ist, da es sich bei ihnen oft nicht um die Belange des einzelnen handelt, sondern um diejenigen der Volksgemeinschaft.

Zu einem im einzelnen Falle billigen, vor allem aber dem Wesen des Arbeitsverhältnisses entsprechenden Ergebnis kommt man erst, wenn man, wie schon gesagt, davon ausgeht, daß entweder überhaupt kein Arbeitsverhältnis entstehen kann oder aber

---

[1]) Ebenso Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16 b ff und Bodman, Soz. Prax., 1938, S. 684 f, der einen Lohnanspruch zubilligt, wenn tatsächlich gearbeitet wurde.

[2]) siehe z. B. Mansfeld, D. Arb. R. 1936, S. 126 f. Es werden hier nur gegenüber der früher vertretenen Lehre auch Lohnansprüche zugebilligt. Zur Lehre vom Beschäftigungsverhältnis siehe besonders Siebert, D. Arb. R., 1936, S. 7 f.

[3]) Siebert, D. Arb. R. 1936, S. 9.

[4]) Entwurf § 10, Abs. 1 u. 2 und § 11; ebenso Hueck, D. Arb. R., 1938, S. 182; ders. Soz. Prax., 1939, S. 199 f. Gegen diese Auffassung für die Arbeitseinsatzbestimmungen auch Siebert, Soz. Prax. 1938, S. 710.

nur ein voll wirksames[1]) und wenn man dazu den Sinn der gesetzlichen Verbote und des Erfordernisses der guten Sitten beachtet.

Hinsichtlich der gesetzlichen Verbote unterscheidet nun Siebert zwischen denjenigen, die sich gegen den Inhalt eines Arbeitsverhältnisses, also gegen den Bestand des Gemeinschaftsverhältnisses richten und denjenigen, die allein gegen den Begründungsvorgang gerichtet sind.[2])

Die erste Gruppe von Verboten begründet nach Siebert wirkliche Nichtigkeit, d. h. es liegt ein Nichtarbeitsverhältnis vor.[3]) Damit entfallen auch etwaige arbeitsrechtliche Ansprüche. Hierher ist besonders der oben erwähnte Fall zu rechnen, daß eine arische Hausangestellte in einem jüdischen Haushalt beschäftigt ist. Es gehören hierher aber darüber hinaus alle die Fälle, in denen ein Arbeitsverhältnis dem sittlichen Zweck der Arbeitsgemeinschaft widersprechen würde, in denen also ein Gemeinschaftsverhältnis wesensmäßig nicht möglich ist[4]). Dabei kann man mit Hastler als sittlich zweckwidrig das Arbeitsverhältnis ansehen, das, gemessen an dem Zweck der Arbeit als der „Erhaltung und Sicherung des Lebens des einzelnen und der Gemeinschaft", „ohne realen oder sittlichen Wert für das wirtschaftliche, soziale und sittliche Leben der Gemeinschaft ist."[5]) Nach Siebert kommen dabei solche Nichtarbeitsverhältnisse nur in Ausnahmefällen vor. Ganz in demselben Sinne führt Hastler aus[6]), daß z. B. „Arbeitsschutzvorschriften nur dann ein Nichtarbeitsverhältnis herbeiführen können, wenn sie dem Schutz der ganzen Gemeinschaft dienen", wobei es dann darauf ankommt, ob nicht „das trotzdem begründete Verhältnis einen höheren Wert hat als der durch das Verbot gekennzeichnete Unwert solcher Arbeit".

Dieser Lehre ist zuzustimmen. Wo Belange der ganzen Volksgemeinschaft berührt werden, ist es unmöglich, ein Arbeitsverhältnis annehmen zu wollen. Es kann dabei auch nicht darauf ankommen, ob der einzelne Beteiligte gutgläubig war oder nicht. Danach liegt z. B. ein Nichtarbeitsverhältnis auch dann vor, wenn eine arische Hausangestellte in einem jüdischen Haushalt tätig ist und wenn ihr dieser Sachverhalt nicht bekannt ist[7]). Nimmt

---

[1]) Vgl. auch Etzler, Diss., Breslau, 1937, S. 77 ff.
[2]) Siebert, D. Dtsch. Arb. R., B. 33 b, S. 67.
[3]) Vgl. hierzu auch Nikisch, Arb. R. 1938, S. 74.
[4]) Siebert, D. Arb. R. 1936, S. 9; Hastler, Dtsch. R., 1938; S. 151.
[5]) Hastler, a. a. O.
[6]) a. a. O., S. 452
[7]) Wie hier Siebert, D. Arb. R. 1936, S. 10; anders aber derselbe in D. Dtsch. Arb. R. B. 33b, S. 67. Dort wird ein Nichtarbeitsverhältnis nur angenommen, wenn die Hausangestellte Kenntnis von der Sachlage hat. Es wird dabei in diesem Fall, wie das im Schrifttum fast allgemein zum Ausdruck kommt, aus dem Schutzgedanken heraus eine wesensmäßig an sich erforderliche Lösung aufgegeben. (vgl. oben S. 97).

man in solchen Fällen bei Gutgläubigkeit des einen Teiles ein Arbeitsverhältnis an, so ist das m. E. eine Fiktion, die vom Standpunkt der personenrechtlichen Arbeitsgemeinschaft aus wesensmäßig unmöglich ist.

Trotzdem braucht aber der gutgläubige Beteiligte dabei nicht schutzlos zu bleiben. Zunächst hat er einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB). Dieser Anspruch wird allerdings oft wegen § 818, Abs. 3 BGB zu keinem befriedigenden Ergebnis führen.

Daneben hat der Gutgläubige regelmäßig jedoch einen Anspruch aus Verschulden beim Vertragsschluß. Dieses Rechtsinstitut kann hier angewandt werden, da es nicht auf Austauschgeschäfte beschränkt ist. Die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß ist ein von Lehre und Rechtsprechung entwickelter allgemeiner Grundsatz, der z. B. auch bei der Begründung einer Gesellschaft oder einer G. m. b. H. angewandt wird[1]) Für die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes ist es auch gleichgültig, ob das von den Beteiligten gewollte Rechtsverhältnis entstanden ist oder nicht. Nach der Rechtsprechung des RG ist es nämlich aus dem vor der Begründung des Verhältnisses bestehenden Vertrauensverhältnis abzuleiten[2]). Für den Fall, daß einer der Beteiligten die Gemeinschaftswidrigkeit des Arbeitsverhältnisses kennt, muß ihm eine Mitteilungspflicht über diesen Mangel auferlegt werden. Tut er das nicht, so hat er dem anderen Teil den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Die zweite Gruppe von gesetzlichen Verboten ist diejenige, die sich gegen den Begründungsvorgang eines Arbeitsverhältnisses richtet. Nach Siebert[3]) gehören hierher fast alle Arbeitsschutz- und Arbeitseinsatzvorschriften. Sie wollen nicht die tatsächlich entstandene Arbeitsgemeinschaft als solche verhindern, denn diese ist trotz dieser Vorschriften nicht „absolut gemeinschaftswidrig"[4]). Sie wollen nur, daß die Begründung von Arbeitsverhältnissen unterbleibt, wenn und solange bestimmte Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Vom Gemeinschaftsdenken aus steht aber der Anerkennung einer trotzdem entstandenen Arbeitsgemeinschaft nichts im Wege. Die Arbeitsschutzvorschriften führen so zu einem wirklich umfassenden Arbeitsschutz. An der nun einmal entstandenen

---

[1]) Soergel, BGB, 6. Aufl., 1937, § 276, Anm. 5.

[2]) So z. B. RGZ 120, 251; Enneccerus-Lehmann, BGB 12. Bearb., § 43 III.

[3]) D. Dtsch. Arb. R. B. 33 b, S. 67.

[4]) Vgl. Hastler, Dtsch. R. 1938, S. 451 f. Dabei sieht Hastler einen Teil der Arbeitsschutzvorschriften als absolute Beschäftigungsverbote an, während Siebert in ihnen Begründungsverbote sieht. M. E. richten sich diese Verbote, z. B. dasjenige in § 16 Arbeitszeitordnung sowohl gegen die Begründung des Verhältnisses als auch gegen die tatsächliche Beschäftigung. Sie wenden sich aber nicht gegen eine trotzdem entstandene Arbeitsgemeinschaft. A. M. für den Arb. Einsatz Schmidt, Arb. Einsatz I Q in Arb. R. Kartei und das dort angeführte Schrifttum.

Arbeitsgemeinschaft ist nichts zu ändern. Um die Übertretung dieser Vorschriften zu verhindern und wenn sie einmal übertreten sind, diese Übertretung zu bestrafen, gibt es andere Mittel als Nichtigkeit anzunehmen. Dadurch würde man nur erreichen, daß zur Nichtanwendung einer Schutzvorschrift noch außerdem Schutzlosigkeit des Beschäftigten wegen seiner Ansprüche aus der Arbeitsgemeinschaft hinzu käme. Um das zu verhindern, hat auch die abgelehnte Lehre mehr und mehr aus Billigkeitsgründen heraus einen „Lohnanspruch" gewährt.

Darüber hinaus gibt es aber noch weitere Ansprüche der Beteiligten aus einem gültigen Arbeitsverhältnis. Diese müssen ihnen auch beim Verstoß gegen die erwähnten Vorschriften zustehen, denn sie leiten sich aus der entstehendenen Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft und aus der Arbeitsleistung in dieser Gemeinschaft her (oben S. 34 ff).

Für die Arbeitseinsatzvorschriften kommt man zu demselben Ergebnis. Sie dienen lediglich den Zwecken einer planmäßigen Verteilung der Arbeitskräfte. Aus diesem Sinn der Vorschriften heraus erklärt es sich, daß die trotzdem entstandene Arbeitsgemeinschaft deswegen nicht von vornherein als nichtig behandelt werden muß, da sie wesensmäßig ja möglich ist[1]).

Die Arbeitseinsatzvorschriften werden dadurch nicht etwa ihrer Wirkung beraubt. Es gibt genügend Mittel, ihre Befolgung zu erzwingen, so vor allem die strafrechtliche Verfolgung. Da die Arbeitseinsatzvorschriften also lediglich die Begründung von Arbeitsverhältnissen verhindern wollen und da demgemäß die trotzdem geleistete Arbeit nicht gemeinschaftswidrig ist, müssen entstandene Arbeitsverhältnisse zunächst volle Wirkung zeigen[2]). Es kann dabei auch nicht darauf ankommen, ob sich die Beteiligten des Verstoßes gegen eine solche Vorschrift bewußt sind oder nicht[3]). Diese auf Billigkeitserwägungen hinauslaufende Regelung würde dem Sinn der Arbeitseinsatzvorschriften nicht gerecht.

Zu der hier vertretenen Lösung ist nun ausgeführt worden[4]), daß man im bürgerlichen Recht ein Rechtsverhältnis nicht als gültig bestehen lassen könne, das strafrechtlich zu verfolgen sei. Der Schärfe der strafrechtlichen Verurteilung dürfe die bürgerlichrechtliche Würdigung in nichts nachstehen. Da nun in den Arbeitsschutz- und Arbeitseinsatzvorschriften Strafandrohungen gegen Verstöße enthalten sind, wird daraus der Schluß gezogen, daß das Arbeitsverhältnis, das entgegen diesen Vorschriften begründet worden ist, nach der zwingenden Vorschrift des § 134 BGB nichtig sein müsse. Diese Argument trifft aber m. E. nicht zu.

---

[1]) Siebert, D. Dtsch. Arb. R., B 33b, S. 67; Hastler, Dt. R. 1938, S. 451 f. Im Ergebnis ebenso für einen einzelnen Fall LAG in Arb. R. Samml. 26, S. 150 ff. A. M. z. B. LAG in Arb; R; Samml. 26, S. 150 ff. 25, S; 177; 34, S. 69. 177; 34, S. 69.

[2]) Vgl. auch Nikisch, Arb. R. 1938, S. 74.

[3]) A. A. die überwiegende Meinung.

[4]) Hagemann, D. Arb. R., 1939, S. 62.

Das Eintreten einer Rechtsfolge beim Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes bedingt noch nicht, daß deswegen nun auch andere Rechtsfolgen eintreten müssen. Gerade für das Gebiet des Arbeitsrechts gibt es die verschiedensten Mittel, um gesetzliche Anordnungen zu erzwingen, so strafrechtliche Verfolgung, ehrengerichtliche Strafen nach § 38 AOG, Maßnahmen der Verwaltungsbehörden und schließlich die „privatrechtlichen" Folgen. Diese Folgen können alle dann eintreten, wenn ein gesetzliches Gebot oder Verbot verletzt ist. Dabei braucht aber nicht eine Rechtsfolge die andere automatisch nach sich zu ziehen. Welche im einzelnen eintritt, das hängt jeweils von der Bedeutung und Erheblichkeit des Verstoßes ab. Wenn daher der Gesetzgeber strafrechtliche Verfolgung für die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses androht, dann kann man daraus nicht zwingend folgern, daß nun auch „privatrechtlich" dadurch gestraft werden müßte, daß man trotz der doch unbestreitbar entstandenen konkreten Arbeitsgemeinschaft diese als nichtig ansieht[1]). Nach § 134 BGB tritt nur dann Nichtigkeit ein, wenn die Belange der Allgemeinheit es erfordern[2]). Soweit sich aus dem Gesetz aber etwas anderes ergibt, (§ 134 BGB, Nachsatz) ist das Arbeitsverhältnis gültig. Wann Nichtigkeit eintritt, das ist bereits dargelegt worden. In allen anderen Fällen ergibt sich aus dem Gesetz eben etwas anderes, d. h. dann ist ein Gemeinschaftsverhältnis wesensmäßig immer möglich.

Wenn daher Vorschriften verletzt sind, die nicht den Inhalt des Arbeitsverhältnisses selbst betreffen, dann hat dieses zunächst volle Wirkung. Dagegen läßt sich aus den verletzten Verboten oder Geboten schließen, daß das trotzdem entstandene Arbeitsverhältnis fehlerhaft ist. Diese Fehlerhaftigkeit wirkt sich dahin aus, daß das so entstandene Arbeitsverhältnis möglichst schnell beseitigt werden muß. Daher muß es in solchen Fällen fristlos gelöst werden können. An die Stelle der Nichtigkeit ex tunc, die für Gemeinschaftsverhältnisse eine Fiktion wäre, tritt die Vernichtbarkeit für die Zukunft[3]).

Wer ein solches Arbeitsverhältnis vernichten kann, das muß sich aus dem Wesen der Verbotsvorschriften ergeben. Auch derjenige, gegen den sich das Verbot und die evtl. Strafe richten, kann danach ein solches Gemeinschaftsverhältnis lösen. Es wäre widersinnig, wollte man das nicht zugeben, während sich doch gerade gegen ihn z. B. strafrechtliche Zwangsmittel wenden. Trotzdem ist aber der andere Teil nicht schutzlos. Er hat gegen seinen Partner

---

[1]) Siebert, Soz. Prax. 1938, S. 710 f; Nikisch, Arb. R. 1938, S. 74.

[2]) Soergel, BGB, 6. Aufl., 1937, § 134, Anm. 1.

[3]) Siebert, D. Arb. R. 1936, S. 9.; ders. J. W. 1937 S. 1108; ders. Söz. Prax. 1938, S. 714; ders. D. Dtsch. Arb. R. B. 33 b, S. 67; Nikisch, Arb. R., 1938, S. 74, Hastler. Dtsch. R., 1938, S. 481 f. So auch Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16e f. Diese schränken aber die Fälle der Vernichtbarkeit ein; a. M. die dort Anm. 16c genannte Rechtsprechung der Arbeitsgerichte. Ähnlich wie hier für einen einzelnen Fall LAG in Arb. R. Samml. 33, S. 66.

einen Schadensersatzanspruch, wenn diesen ein Verschulden an dem fehlerhaften Arbeitsverhältnis trifft (§ 276 BGB)[1]).

Es sind nun noch die Fälle zu erörtern, in denen ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt (§ 138 BGB). Diese sind ebenso zu behandeln wie diejenigen des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot. Eine Lösung läßt sich also auch hier nur vom Wesen des Arbeitsverhältnisses her finden. Danach sind als gute Sitten die Grundsätze unserer heutigen Arbeitsauffassung maßgebend[2]). Verstößt das Arbeitsverhältnis gegen diese Grundsätze, so daß es gemeinschaftswidrig ist, dann liegt ein Nichtarbeitsverhältnis vor[3]). Als Beispiele seien genannt: hochverräterische oder unsittliche Beschäftigung. Dabei ist zu berücksichtigen, daß das ganze Arbeitsverhältnis unsittlich sein muß.

Ist dagegen eine einzelne zusätzliche Vereinbarung unsittlich, so bleibt das Arbeitsverhältnis selbst bestehen. Nach allgemeiner Anschauung gilt § 139 BGB nicht[4]). Anstelle dieser Vereinbarung treten dann die übrigen Gestaltungsmittel.

Auch die Behandlung der möglichen Mängel des Arbeitsverhältnisses zeigt also deutlich, daß der Zeitpunkt der Eingliederung wesentlich ist, daß er das schuldrechtliche Vorarbeitsverhältnis von dem personenrechtlichen Arbeitsverhältnis trennt.

---

[1]) Siebert, Soz. Prax. 1938, S. 712.
[2]) Siebert, D. Dtsch. Arb. R., B. 33 b S. 67; ebenso Arb. Verh., S. 93. Dort weitere Literaturhinweise.
[3]) Siebert, a. a. O.; Hueck-N-D., 3. Aufl., § 2, Anm. 16 i.
[4]) Siebert, a. a. O.; Nikisch, Arb. R., 1938, S. 74 f; ebenso der Entwurf, § 11.

Schrifttum.

Anraths, Abhängigkeit und Führungsrecht im Dienstverhältnis in D. Arb. R. 1935, S. 130.

Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts... (Arb. R. Samml.)

v. Besser, Die Bedeutung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit für die Begründung des Arbeitsverhältnisses und seinen Inhalt. Dissertation, Göttingen, 1937.

Bodmann, Freiheit und Bindung bei der Einstellung von Arbeitskräften, Soz. Prax. 1938, S. 681 ff.

Brand, Das Deutsche Beamtengesetz, 1937.

Brand, Die Reichsdienststrafordnung, 1937.

Classen, Neues Deutsches Arbeitsrecht in Jahrbuch für Sozialpolitik, herausg. v. Münz, 1936, S. 41 ff.

Dahm, Der Ehrenschutz der Gemeinschaft in Festschrift für Graf Gleispach, 1936, S. 1 ff.

Denecke, Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis? in D. Arb. R. 1934, S. 219 ff.

Denecke, Betrieb und Unternehmen im neuen Arbeitsrecht in D. Arb. R. 1936, S. 14 ff u. 43 ff.

Dersch, Grundsätzliches über eine künftige Neuregelung der Zeugnisausstellung im Arbeitsrecht. Zugleich ein Beitrag für die Verknüpfung von Teilfragen des Arbeitsverhältnisses mit wesensmäßigen Grundfragen des Arbeitsverhältnisses in D. Arb. R. 1936, S. 67 ff.

Drössel, Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis und Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft. Dissertation Köln, 1938.

Eben-Servaes, Der Treuegedanke im Familienrecht in Dtsch. R. 1934, S. 536 f.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 12. Bearb., 1932. (Bd. II).

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 13. Bearb. 1931 (Bd. I).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ).

Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis. Aufgestellt vom Arbeitsrechtausschuß der Akademie für Deutsches Recht, 1938.

Etzler. Die Begründung des Arbeitsverhältnisses. Dissertation Breslau, 1937.

Freisler, Vom alten zum neuen Ehescheidungsrecht, in Beiträge zur Rechtserneuerung, 1937, Heft 6.

Freisler, Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken, 1938.

Freisler, Wandel des privatrechtlichen Denkens in Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht, 1939, S. 1 ff.

Frey, Die sittenwidrige Kündigung im Arbeitsrecht, 1938.

v. Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889.

v. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. I., 1868 und Bd. II., 1873.

v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. Bd. I., 1895.

Graf v. d. Goltz, Das arbeitsrechtliche Ruhegehaltsverhältnis als Teil des Arbeitsvertrages in Festschrift für Schlegelberger. Beiträge zum Recht des neuen Deutschland, 1936, S. 312 ff.
Gros, Systematische Einführung in Arbeitsrechtskartei, herausg.. v. Kallee.
Hagemann, Einfluß der heutigen arbeitsrechtlichen Strafbestimmungen auf das Arbeitsverhältnis, D. Arb. R. 1939, S. 61 f
Hastler, Die Wirkungen von Einstellungs- und Beschäftigungsbeschränkungen auf das Arbeitsverhältnis in Dtsch. R. 1938, S. 448 ff.
Hentschel, Die Begründung des Arbeitsverhältnisses in D. Arb. R. 1936, S. 299 ff.
Herschel, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit. Ein Buchbericht. in Soz. Prax., 1936, S. 523 ff.
Herschel, Zum Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis in Soziale Arbeit, 1938, Heft 20 — 23.
Herschel, Neues Arbeitsrecht nebst den noch geltenden älteren Vorschriften, 6. Aufl., 1938.
Höhn, Staat und Rechtsgemeinschaft in Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 95, 1935, S. 656 ff.
Höhn, Gemeinschaft als Rechtsgrenze in Dtsch. R. 1934, S. 301 f.
Höhn, Vom Wesen der Gemeinschaft, 1934.
Höhn, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, 1935.
Höhn, Otto von Gierkes Staatslehre und unsere Zeit, 1936.
Huber, Betriebsordnung und Tarifordnung in J. W. 1934, S. 1017 ff.
Huber, Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis in J. W. 1937, S. 1111 ff.
Hueck, Die Begründung des Arbeitsverhältnisses in D. Arb. R. 1938, S. 180 ff.
Hueck, Der Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis in Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht (Ak. Z.), 1938, S. 298 ff.
Hueck, Die Pflicht des Unternehmers zur Fürsorge für den Gefolgsmann nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit in Festschrift für Hedemann, 1938, S. 312 ff.
Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Ein Grundriß, 1938.
Hueck, Arbeitsschutzvorschriften und Arbeitsvertragsrecht in Soz. Prax. 1939, S. 193 ff.
Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I., 3. — 5. Aufl., 1931.
Hueck-Nipperdey-Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar, 2. Aufl. 1937; 3. Aufl. 1939.
Isele, Familie und Familienerbe, 1938.
Joerges, Führer und Gefolgschaft im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit in Arbeitsrecht u. Volkstum, 1934, S. 41 ff.
Joerges, Arbeitsverhältnis, Betrieb, Unternehmer und Führer nach dem Gesetz der Ordnung der nationalen Arbeit in Arbeitsrecht u. Volkstum 1934, S. 105 ff.
Joerges, Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschaft. Wesen und Rechtsgrund, in D. Arb. R. 1938, S. 91 ff.

Kinkel, Unternehmer und Betriebsführer in der gewerblichen Wirtschaft Unter besonderer Berücksichtigung der Haftungsverhältnisse, 1938.
Klausing, Unternehmer und Betriebsführer. Wirtschaftsordnung und Arbeitsordnung. Frankfurter Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Nr. 1, 1937.
Klotz, Grundformen werdenden Arbeitsrechts in D. Arb. R. 1935, S. 226 ff.
Kreller, Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes in Arch. Ziv. Prax. 122, 1924, S. 1 ff.
Kühn, Der Führergedanke in der neuen Arbeitsverfassung in Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Richard Schmidt, 1936.
Lange, Nationalsozialismus und Familienrecht in Dtsch. R. 1935, S. 82 f.
Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934.
Larenz, Vertrag und Unrecht, Bd. I., 1936.
Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl., 1935.
Lovisa, Kündigung und Kündigungsschutz, 1937.
Mansfeld, Vom Arbeitsverhältnis in Ak. Z., 1935, S. 906 ff.
Mansfeld, Besprechung des Buches von Siebert „Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit" in D. Arb. R. 1936, S. 26 ff.
Mansfeld, Die arbeitsvertragliche Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses in J. W. 1936, S. 481 ff.
Mansfeld, Vom Arbeitsvertrag. Eine arbeitsrechtliche Selbstbesinnung, in D. Arb. R. 1936, S. 118 ff.
Mansfeld, Die Ordnung der nationalen Arbeit. Textausgabe mit erläuternden Angaben, 1938.
Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause. Die Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, 2. Aufl., 1934.
Merkel, Besprechung des Buches von Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit. in NS.Soz.Pol. („Der Vertrauensrat"), 1935, S. 35 f.
Merkel, Beispiele zur Neubildung des Gemeinschaftsrechts in D. Jur. Zeit. 1936, S. 228 ff.
Molitor, Deutsches Arbeitsrecht mit Einschluß der Grundzüge der Sozialversicherung, 1938.
Molitor, Abschlußnormen in der Tarifordnung und der Betriebsordnung in D. Arb. R., 1939, S. 89 ff.
Mössmer, Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechts. Vorschlag der Akademie für deutsches Recht, 1935.
Müllereisert, Der Arbeitsvertrag als Vertrag mit „vorbetonter Gemeinschaftsfunktion". in D. Arb. R. 1936, S. 94 ff.
Müllereisert, Juristische Grundbegriffe, 1936.
Nikisch, Der Anstellungsvertrag, in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts 80, 1930, S. 1 ff.
Nikisch, Vom Arbeitsverhältnis. Festschrift f. H. Lehmann, 1937, S. 285 ff.

Nikisch, Arbeitsrecht 1. Halbband, 1936; 2. Halbband, 1938.
Nikisch, Die Bedeutung der Treuepflicht für das Arbeitsrecht in D. Arb. R., 1938, S. 182 ff.
Nipperdey, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzrechts in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben (RG-Festschrift), Bd. IV, S. 203 ff.
Nipperdey, Arbeitsvertrag und Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft in D, Arb. R. 1937, S. 142 ff.
Oppermann. Das Recht auf Urlaub in J. W. 1935, S. 3156 ff.
Oppermann, Arbeitsrecht u. Bürgerliches Recht in D. Arb. R. 1937, S. 197 ff.
Potthoff, Das deutsche Arbeitsrecht, 1935.
Reichsarbeitsblatt (RABl).
Reu, Besprechung von Sieberts Buch: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit in Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, Bd. 102, 1936, S. 216 ff.
Reuß, Das Verhältnis zwischen dem nach § 3 Abs. 3 AOG ernannten Führer des Betriebes und dem Unternehmer in D. Arb. R. 1935, S. 221 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, 8. Aufl., 1934.
Rhode, Der „andere" Führer des Betriebes (§ 3 Abs. 3 AOG) in D. Arb. R. 1935, S. 154 ff.
Rhode, Und doch Arbeitsvertrag?! in Ak. Z., 1936, S. 371 ff.
Rhode, Arbeitsverhältnis — Arbeitsvertrag in Ak. Z., 1937, S. 203 ff.
Rhode, Zum Akademie-Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis in Dtsch. R., 1938, S. 443 ff.
Richter, Arbeitsverhältnisgesetz, in Arbeitsrechtskartei.
Richter, Der Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis in Soz. Prax., 1938, S. 769 ff.
Riedler, Politische Arbeitslehre, 1937.
Rilk, Das neue Eherecht, Kommentar 1938.
Rochholz, Betriebsgemeinschaft und Betriebsordnung, 1938.
Roeder, Das „mittelbare Arbeitsverhältnis" in Theorie und Praxis in NS. Soz. Pol. 1937, S. 339 ff.
Roeder, Die Rechtsstellung des Betriebsführers, der nicht Unternehmer ist in D. J. 1938, S. 456 ff.
Rößler, Der Führer des Betriebes (insbesondere die Rechtsnatur der Betriebsgemeinschaft und des Führeramtes). Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena, Nr. 13.
Schmidt, F. Arbeitseinsatz I Q, in Arb. R. Kartei.
Schmidt, R. Die Betriebsgemeinschaft. Dissertation München, 1936.
Schmitt, C. Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934.
Schmitt, H. Das Arbeitsbuch, 1938.
Schoan, Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliche Treuegemeinschaft in Ak. Z., 1936, S. 708 ff.
Schuhmann-Brucker, Sozialpolitik im neuen Staat, 1934.
Siebert, Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches (sozialrechtliches) Rechtsverhältnis in D. Arb. R. 1935, S. 95 ff.

Siebert, Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis in Dtsch. R. 1935, S. 481 ff.
Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935.
Siebert, Die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Arbeitsvertrag, vom Beschäftigungsverhältnis und vom Arbeitsschutz, in D. Arb. R. 1936, S. 6. ff.
Siebert, Arbeit und Gemeinschaft, in Dtsch. Jur. Tag, 1936, S. 187 ff.
Siebert, BGB-System und völkische Ordnung, in Dtsch. R. Wiss. 1936. S. 204 ff.
Siebert, Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhältnis im Jahre 1936, in D. Arb. R. 1937, S. 14 ff u. 44 ff.
Siebert, Die Begründung des Arbeitsverhältnisses in D. Arb. R. 1937, S. 305 ff und 338 ff.
Siebert, Arbeitsverhältnis und Betriebszugehörigkeit, in Festgabe „10 Jahre Arbeitsgericht", 1937, S. 54 ff.
Siebert, Die allgemeine Entwicklung des Vertragsbegriffs, in Sonderheft der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1937, S. 199 ff.
Siebert, Grundfragen des Arbeitsverhältnisses im Lichte der neuen Rechtsprechung, in J. W. 1937, S. 1103 ff.
Siebert, Zur Rechtsnatur der deutschen Arbeitsfront, Dtsch. R. 1937, S. 111 ff.
Siebert, Wie wirken Verstöße gegen Arbeitseinsatzbestimmungen auf die Gültigkeit des Arbeitsverhältnisses? in Soz. Prax. 1938, S. 705 ff.
Siebert, Deutsches Arbeitsrecht. Sammlung arbeitsrechtlicher Bestimmungen, 1938/1940.
Siebert, Zum Unternehmer- und Betriebsführerbegriff. in NS. Soz. Pol. 1939, S. 88.
Siebert, Jugendschutzgesetz, Kommentar, 1938.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Aufl., 1937.
Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., 1939.
Stoll, Vertrag und Unrecht, Bd. I, 1936.
Syrup, Gesetz zur Regelung des Arbeitseinsatzes, 1934.
Syrup u. Wende, Das Arbeitsbuch, Kommentar, 1935.
Syrup, Aufgaben und Ziele des Arbeitseinsatzes in Jahrbuch für Sozialpolitik, 1936, S. 20 ff.
Syrup, Die Anordnungen zur Regelung des Arbeitseinsatzes im Vierjahresplan, 1939.
v. Tuhr, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, 1910.
Vollmer u. Henschel, Arbeitseinsatz, 1937.
Wacke, Zwischen Arbeitsrecht und Beamtenrecht in Ak. Z., 1937, S. 496 ff.
Wagner, Die Einwirkung der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung auf die grundsätzliche Neugestaltung des Arbeitsvertrages. Dissertation Berlin, 1936.
Weigelt, Nicht Arbeitsvertrag, sondern Arbeitsverhältnis! in Arbeitsrecht u. Volkstum, 1934, S. 5 ff.

Weigelt, Die sozialpolitische Neugestaltung des Arbeitsvertrages in NS. Soz. Pol., 1934, S. 269.
Weigelt, Die sozialpolitische Umgestaltung des Arbeitsvertrages durch das Arbeitsordnungsgesetz in NS. Soz. Pol., 1935. S. 45.
Weimar, Zur Anfechtung von Arbeitsverträgen in D. Arb. R., 1938, S. 330 f.
Wernicke, Betriebsgemeinschaft u. Arbeitsvertrag, 1939.
Westphal, Nichtigkeit von Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag, 1938.
Westphal, Warum trägt das Arbeitsverhältnis personenrechtlichen Charakter? in D. Arb. R. 1938, S. 329 f.
Westphal, Der Betrieb im Gesetzentwurf über das Arbeitsverhältnis in Soz. Prax. 1938, S. 1511 ff.

Lebenslauf.

Ich wurde als Sohn des Reichsbahnoberinspektors Heinrich Middelmann am 29. März 1915 zu Hacheney (heute Dortmund-Hacheney) geboren. Nach 4 jährigem Besuch der dortigen Volksschule und nach 6 jährigem Besuch der Mittelschule zu Dortmund trat ich Ostern 1931 zur Oberrealschule in Dortmund über, wo ich Ostern 1934 die Reifeprüfung bestand. Vom Mai bis Oktober 1934 war ich im Arbeitsdienst. Von Herbst 1934 bis Sommer 1938 studierte ich an der Universität Berlin Rechtswissenschaft. Am 3. November 1938 bestand ich am Kammergericht zu Berlin das erste juristische Staatsexamen, am 20. März 1940 die Promotionsprüfung zum Dr. jur.